Göttinger Schriften zum
Öffentlichen Recht

Mina Aryobsei

Die Stellung der Frau in der afghanischen Verfassungsordnung im Spannungsverhältnis zwischen islamischem Recht und Völkerrecht – unter besonderer Berücksichtigung des Scheidungsrechts



Universitätsverlag Göttingen

Mina Aryobsei

Die Stellung der Frau in der afghanischen Verfassungsordnungsordnung im Spannungsverhältnis zwischen islamischem Recht und Völkerrecht

erschienen als Band 5 der Reihe „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht“
im Universitätsverlag Göttingen 2014

Mina Aryobsei

Die Stellung der Frau in der afghanischen Verfassungsordnung im Spannungsverhältnis zwischen islamischem Recht und Völkerrecht – unter besonderer Berücksichtigung des Scheidungsrechts

Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht
Band 5



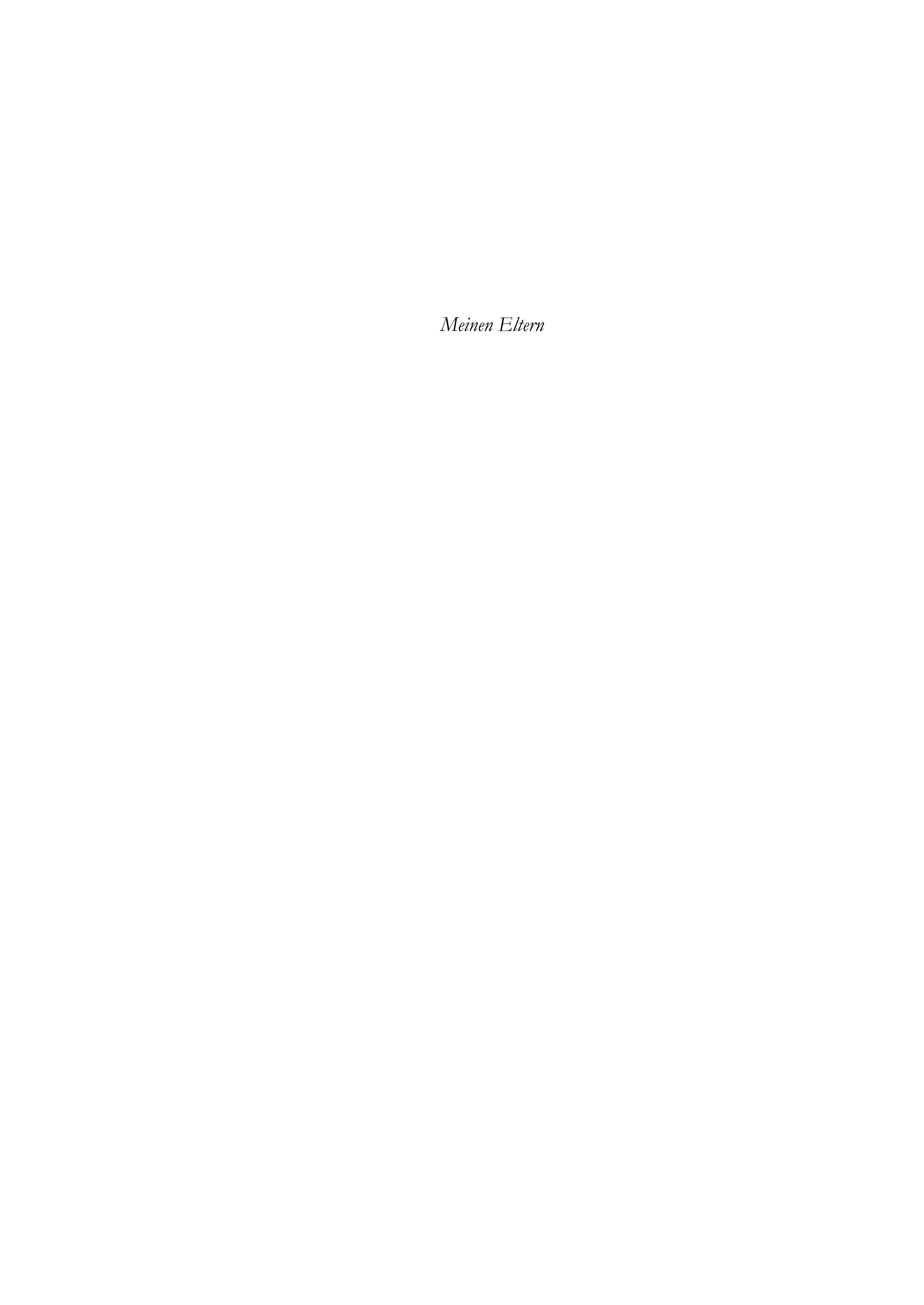
Universitätsverlag Göttingen
2014

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Satz und Layout: Mina Aryobsei
Umschlaggestaltung: Jutta Pabst

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-148-1
ISSN: 2191-4583



Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2013 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen.

Mein erster Dank gilt meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Christine Langenfeld. Durch sie und meine Betreuerin Frau Prof. Dr. Irene Schenider wurde die Arbeit angeregt. Frau Prof. Dr. Christine Langenfeld danke ich ganz herzlich für ihre inspirierende Themenentwicklung, die stetige Bereitschaft, mich auf diesem Wege zu unterstützen sowie für ihr Vertrauen in meine Person. Auch Frau Prof. Dr. Irene Schneider möchte ich für ihre Betreuung ganz herzlich danken. Ihre Anregungen waren ein wichtiger Impuls für meinen eigenen Forschungsprozess. Herrn Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Andreas Paulus möchte ich für die Übernahme und schnelle Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Dem Dorothea-Schlözer-Programm der Universität Göttingen gebührt Dank für die großzügige Förderung dieser Arbeit durch ein Promotionsstipendium.

Sehr gerne denke ich an die Zeit als Mitarbeiterin am Institut für Öffentliches Recht in Göttingen zurück. Grund hierfür ist das tolle Lehrstuhlteam und insbesondere unsere überaus liebenswürdige Frau Prüße.

Äußerst wichtig bei der Erstellung der Arbeit war auch die Unterstützung aus dem Familien- und Freundeskreis. Ganz besonders danke ich meiner Freundin Dr. Hasina Farouq, die mir in jeglicher Hinsicht zur Seite stand und auch einen Teil der Korrekturarbeit auf sich genommen hat. Ferner möchte ich meinen lieben Freunden Alexander Frisch, Nora Schneider, Dr. Sarah Nordholtz und Dr. Sebastian Gerlach für ihre Unterstützung bei der Korrektur dieser Arbeit danken. PD Dr. Friedrike Wapler danke ich für die Gesamtdurchsicht des Manuskripts. Bei meinen in Afghanistan und Pakistan lebenden Cousins, Waseh Aryobsei und Sabawoon Aryobsei, möchte ich mich für ihre tatkräftige Unterstützung während meines Afghanistan-Aufenthalts bedanken. Herrn Dr. Tilmann Röder aus der Max-Planck-Stiftung für internationalen Frieden und Rechtsstaatlichkeit danke ich für die Einladung zur Konferenz „Constitutional Law in Muslim Countries" in Dubai im Jahre 2009.

Mein größter Dank gilt meiner Familie. Allen voran möchte ich meinen Eltern, Alia und Ronagul Aryobsei, für ihre bedingungslose Unterstützung auf meinem Lebensweg, der ihnen leider nicht offen stand, danken. Ohne die Motivation durch meinen Vater in jungen Jahren hätte ich diesen Weg nicht beschreiten können. Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet. Aber auch meinen lieben Geschwistern Abassin, Suleiman und Hassina Aryobsei danke ich besonders.

Kassel, im Oktober 2014

Mina Aryobsei

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz/Absätze
Art.	Artikel
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AfgVerf	Afghanische Verfassung
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
AUMK-Gesetz	Gesetz zur Struktur, Pflichten und des Mandats der afghanischen unabhängigen Menschenrechtskommission
AVR	Archiv des Völkerrechts
Bd.	Band
Berkeley Women´s L.J.	Berkeley Women´s Law Journal
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
EJIL	European Journal of International Law
ERPL	European Review of Public Law
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung

HS	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
ICG	International Crisis Group
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IranVerf	Iranische Verfassung
JZ	Juristenzeitung
Kan. J.L. & Pub. Pol'y	Kansas Journal of Law & Public Policy
lit.	littera (Buchstabe)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
S.	Seite
UNAMA	United Nations Assistance Mission in Afghanistan
vgl.	vergleiche
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatsrechtslehrer
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZVerfG	Zivilverfahrensgesetz

Kapitel 0: Einführung, Gegenstand, Ziel und Methodik

A. Einleitende Betrachtungen

I. Der Gegenstand und das Ziel der Untersuchung

Nach 25 Jahren Krieg, Zerstörung und Plünderung ist am 26. Janaur 2004 die neue Verfassung Afghanistans in Kraft getreten.[1] Dieser Tag kennzeichnet einen Wendepunkt in der afghanischen Geschichte, denn damit ist eine erste Grundlage für den Aufbau eines demokratischen Staates gelegt worden.[2] Hintergrund hierfür war das am 5. Dezember 2001 abgeschlossene Bonner Abkommen, das als Basis des „neuen" Afghanistan und der neuen Verfassung gelten sollte.[3] Der frühere UN-Generalsekretär *Kofi Annan* bezeichnete sie als "*a historic achievement*"[4] und der

[1] The Constitution of Afghanistan, Official Gazette, 8 Salware 1383, im Folgenden abgekürzt mit "AfgVerf "; die deutsche Übersetzung der afghanischen Verfassung von 2004 bezieht sich auf die Übersetzung durch *Gholam Djelani Davary* unter Mitwirkung des Max-Planck-Institutes für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg; der Originaltext auf Dari und Paschto ist im Internet auf der Seite des afghanischen Justizministeriums unter http://www.moj.gov.af/?lang=da&p=lable53 aufrufbar, zuletzt aufgerufen am 19. Mai 2011.

[2] Vgl. *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (487).

[3] Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan Pending the Re-Establishment of Permanent Government Institution, signed on 5th December 2001, im Anhang zum Schreiben des Generalsekretärs der Vereinten Nationen an den Vorsitzenden des Sicherheitsrates vom 5. Dezember 2001, UN Doc S/2001/1154; UN-Sicherheitsrat machte sich dieses Abkommen mit S/RES/1383 (2001) vom 6. Dezember 2011 zu Eigen.

[4] Siehe UN News Center, Annan hails agreement on new Constitution for Afghanistan, 4. Januar 2004, im Intrnet aufrufbar unter http://www.un.org/apps/news/storyAr.asp?NewsID=9363&Cr=Afghanistan&Cr1, zuletzt aufgerufen am 28. April 2010.

damalige US-Botschafter in Afghanistan, *Zalmay Khalilzad*, nannte sie "*one of the most enlightened Constitutions in the Islamic world*"[5].

In rechtstechnischer Hinsicht hat die Verfassung jedoch teilweise Defizite.[6] Das schon seit der ersten Verfassung aus dem Jahre 1923 bestehende Spannungsverhältnis zwischen Religion auf der einen Seite und der säkularen Moderne auf der anderen Seite wird zum bestimmenden Kompromiss-Charakter zahlreicher grundlegender Verfassungsregelungen.[7] Die wesentlichen Normkomplexe in der Verfassung sind das islamische Recht (Art. 3 AfgVerf), staatliches Recht und Internationales Recht (Art. 7 AfgVerf).

So darf nach Art. 3 AfgVerf kein Gesetz dem Glauben und den Bestimmungen der heiligen Religion des Islam widersprechen. Eine Definition dessen, was unter dem „Glauben und Bestimmungen der heiligen Religion des Islam" zu verstehen ist, enthält die Verfassung nicht. Daher lässt die Formulierung des Art. 3 AfgVerf einen weiten Interpretationsspielraum offen.[8] Das islamische Recht selbst unterliegt jedoch vielfältigen Interpretationsmöglichkeiten.[9] Aufgrund des enthaltenen Pluralismus und der daraus folgenden vielfältigen Auslegungsmöglichkeiten ist es nicht als monolithische Einheit zu verstehen.[10] Im Hinblick auf die Geschlechter spielen insbesondere liberale moderne Auslegungen des islamischen Rechts eine Rolle.

Das klassische islamische Recht enthält beispielsweise geschlechterdiskriminierende Regelungen insbesondere mit Blick auf die familien- und erbrechtliche Stellung der Frau.[11] Zentral sind hierbei die Regelungen über Polygamie, das Erbrecht sowie das Scheidungsrecht. Während dem Ehemann das Recht zur Polygamie gestattet wird, wird der Frau kein Recht auf Polyandrie gewährt.[12] Auch in erbrechtlicher Hinsicht wird das männliche Geschlecht privilegiert.[13] Schließlich steht dem Mann ein uneingeschränktes Scheidungsrecht zu, während sich die

---

[5] *Sunder*, The New Afghan Constitution, FindLaw vom 15. Januar 2004, im Internet aufrufbar unter http://writ.news.findlaw.com/commentary/20040115_sunder.html, zuletzt aufgerufen am 8. Oktober 2009.

[6] Vgl. *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (31).

[7] Vgl. *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (30 f.).

[8] *Mahmoudi*, The *Sharî`a* in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 867 (870); *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (267).

[9] *Ernst*, Mohammed Folgen, S. 237.

[10] Vgl. *Ali*, Gender and Human Rights, S. 3; *Benda-Beckmann/Benda-Beckmann*, Adat, Islam und Staat, in: Kemper/Reinkowski (Hrsg.), Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 89 (102); *Ebert,* Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 199 (200); *Ernst*, Mohammed Folgen, S. 237.

[11] Dazu Kapitel 3 B I. 2. g. cc.

[12] Dazu Kapitel 3 B I. 2. g. cc. (1).

[13] Dazu Kapitel 3 B I. 2. g. cc. (3).

Ehefrau nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen scheiden lassen kann.[14] Reformorientierte Stimmen plädieren hingegen für eine Neuauslegung der religiösen Texte entsprechend den Verhältnissen von Raum und Zeit.[15] Beispielsweise sehen diese das Recht zur Polygamie in seinem zeitlichen Entstehungskontext und schränken es zudem durch normative Argumente ein.[16] Auch im Hinblick auf das Scheidungsrecht bestehen Möglichkeiten dieses anzugleichen bzw. dem uneingeschränkten Verstoßungsrecht des Mannes entgegenzuwirken.[17] Schließlich werden auch die erbrechtlichen Vorschriften in ihren historischen Kontext ausgelegt.[18] Folglich kann durchaus Unterschiedliches als islamisches Recht deklariert werden.[19] *Irene Schneider* spricht in diesem Zusammenhang von einem Binnenpluralismus.[20]

Im Spannungsverhältnis zur Stellung des islamischen Rechts steht das Völkervertragsrecht, insbesondere die von Afghanistan ratifizierten Menschenrechtsverträge. Nach Art. 7 AfgVerf beachtet der Staat die Charta der Vereinten Nationen, die Allgemeine Menschenrechtserklärung und die von Afghanistan ratifizierten internationalen Verträge und Konventionen. Zu den Menschenrechtsabkommen gehört insbesondere das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (CEDAW).[21] Allerdings enthält die afghanische Verfassung keine ausdrückliche Regelung der Verhältnisfrage zwischen Völkerrecht und nationalem Recht.[22] Auch in der Literatur wird dieses Problem offen gelassen.[23] Im Wesentlichen ist klärungsbedürftig, ob eine Norm des nationalen Rechts die Geltung des Völkerrechts in der afghanischen Rechtsordnung rechtsverbindlich anordnet und, wenn ja, welcher Rang diesem nach der afghanischen Normenhierarchie zukommt. Schließlich stellt sich die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des Völkervertragsrechts, denn nur eine unmittelbar anwendbare Rechtsnorm kann der Richter als Anspruchsgrundlage im Rahmen seiner Rechtsfindung heranziehen.

---

[14] Dazu Kapitel 3 B I. 2. g. cc. (2).

[15] Beispielsweise *Engineer,* The Rights of Women in Islam; *Esposito*, Women in Muslim Family Law; *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation; *Wadud,* Inside the Gender Jihad.

[16] Dazu Kapitel 3 B I. 2. g. dd. (1).

[17] Dazu Kapitel 3 B I. 2. g. dd. (2).

[18] Dazu Kapitel 3 B I. 2. g. dd. (3).

[19] *Ebert*, Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 199 (201).

[20] *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (139).

[21] Die Abkürzung „CEDAW" bezieht sich auf die englische Bezeichnung "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" vom 18.12.1979 (Resolution 34/180 der Generalversammlung der UNO); BGBl. 1985, S. 648; von Afghanistan am 5.03.2003 ratifiziert.

[22] Vgl. auch *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257.

[23] Vgl. beispielsweise *Mayer*, Islam and Human Rights, S. 142.

Hinzu kommt das staatliche Recht in Form der Verfassung, den Gesetzen und Gesetzeserlassen.[24] Auch nach Inkrafttreten der aktuellen Verfassung bestehen weiterhin Gesetze aus verschiedenen historischen Perioden, von denen nur wenige durch neuere Gesetze ersetzt worden sind.[25]

Im besten Fall ergänzen sich die verschiedenen Normkomplexe. Probleme treten jedoch dort auf, wo offensichtliche Widersprüche bestehen. Insbesondere können Kollisionen zwischen den Menschenrechtsabkommen und islamrechtlichen Regelungen wie drakonischen Körperstrafen[26], Umgang mit Apostasie[27] sowie der Ungleichbehandlung der Geschlechter entstehen.[28] Berühren verschiedene Regelungen den gleichen Sachverhalt, so stellt sich die Frage nach ihrem Rang. Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, dieses Mit- und Nebeneinander der verschiedenen Normenkomplexe aus rechtswissenschaftlicher Sicht zu erfassen. Dabei soll eine Normenhierarchie für die afghanische Rechtsordnung erstellt werden.

Um entsprechende Kollisionen beschreiben zu können, greift die vorliegende Arbeit die Thematik der Gleichberechtigung der Geschlechter auf. Die Auswahl gerade der Gleichberechtigung als Gegenstand der Betrachtung erklärt sich dabei insbesondere dadurch, dass sich hier die Gratwanderung zwischen Religion, Völkerrecht, staatlichem Recht und Tradition deutlich manifestiert. Mit Blick auf die offensichtliche extreme Rechtlosigkeit der Frauen unter der Talibanherrschaft ist die Geschlechterfrage im afghanischen Kontext ein sensibles Thema.[29] Die Klärung der Stellung der Frau in der afghanischen Rechtsordnung stellt aber auch für die Praxis ein hochrelevantes Problem dar. Um Rechtssicherheit im Hinblick

[24] Nach Art. 79 Abs. 1 AfgVerf kann die Regierung mit Ausnahme von Haushalts- und Finanzangelegenheiten während der Sitzungspausen der Volksvertretung in Ausnahmefällen Gesetzeserlasse verabschieden; grundsätzlich obliegt die Verabschiedung von Gesetzeserlassen nach Art. 90 Nr. 1 AfgVerf der Nationalversammlung.

[25] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert, Normative Pluralität ordnen, S. 257 (265).

[26] Art. 29 AfgVerf verbietet Folter sowie die Verhängung einer Strafe, die die Menschenwürde verletzt; das islamsiche Strafrecht kann grundsätzlich in drei Kategorien eingeteilt werden: Zur ersten Kategorie gehören die *hadd* - Strafen. Zu ihnen werden die Verbrechen gezählt, die der Koran oder die Überlieferungen als Kapitalverbrechen benennt und mit konkretem Strafmaß belegen. Diese Vergehen verletzen nach islamischer Auffassung nicht menschliches Recht, sondern das Recht Gottes. Zur zweiten Gruppe gehören die *qisās* - Verbrechen, die zwar auch im Koran und den Überlieferungen behandelt werden, jedoch unter die Kategorie der Verbrechen mit Wiedervergeltung fallen. Unter die dritte Kategorie fallen die *ta`zīr*-Vergehen, die nach dem Ermessen des Richters bestraft werden; siehe dazu *Schacht*, Introduction to Islamic Law, S. 175 ff.

[27] Die Bestrafung der Apostasie ist auch unter den muslimischen Rechtsgelehrten ein umstrittenes Thema, *Mahmoudi*, The *Sharī`a* in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 867 (877).

[28] *Rohe*, Islamisches Recht im islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter, Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (344); *Abiad*, Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations, S. 21.

[29] Dazu Kapitel 1 A. XIV.

auf Frauenrechte schaffen zu können, ist das Verhältnis der diversen Rechtsnormen zueinander zu klären.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Stellung der Frau in der Verfassung. Grundnorm für die Gleichberechtigung in der Verfassung ist Art. 22 Abs. 2 AfgVerf, der wie folgt lautet:

> *Die Bürger Afghanistans, sowohl Frauen als auch Männer, haben vor dem Gesetz gleiche Rechte und Pflichten.*

Dabei ist jedoch unklar, was genau unter der Formulierung „vor dem Gesetz" zu verstehen ist. Zu klären ist, ob neben einer Rechtsanwendungsgleichheit (Gleichheit vor dem Gesetz) auch die Rechtssetzungsgleichheit (Gleichheit des Gesetzes) erfasst ist. Im Gesamtgefüge der Verfassung steht diese Regelung in einem möglichen Spannungsverhältnis zwischen den Regelungen des Islams (Art. 3 AfgVerf) und der internationalen Menschenrechtsabkommen (Art. 7 AfgVerf).

Schließlich soll anhand der Regelungen des Scheidungsrechts[30] eine Normenkollision ausgehend von der Frage der Gleichberechtigung der Geschlechter exemplarisch dargestellt werden. Zu klären ist dabei wie mit den verschiedenen Rechtsfolgen der oben genannten Normenkomplexe umgegangen werden soll. Nicht zuletzt aufgrund der Rechtssicherheit ist eine Normenhierarchie für die afghanische Rechtsordnung von entscheidender Bedeutung. Die in dieser Arbeit vorgeschlagene Lösung zur Stufenordnung der afghanischen Rechtsordnung beansprucht keine objektive Richtigkeit, sondern sieht sich als ein Diskussionsvorschlag.

In der afghanischen Rechtspolitik wird das Kollisionsproblem nicht öffentlich thematisiert. Gegenüber dem Westen wird von einer Harmonie dieser Prinzipien ausgegangen: So lobte beispielsweise der damals amtierende afghanische Präsident *Hamid Karzai* die Verfassung als ein fortschrittliches Dokument, das auf dem Islam beruhe und zugleich gleiche Rechte für Männer und Frauen gewähre.[31] Afghanistan sei zwar ein religiöses Land, aber auch eines, das sich für Demokratie und Pluralismus entschieden habe.

Da die Verfassung in inhaltlicher Sicht viel Interpretationsspielraum offen lässt,[32] kommt der die Verfassungsbestimmungen interpretierenden Instanz ein großer Entscheidungsspielraum zu. Ihr obliegen auch die Konfliktlösungsmechanismen. Die Verfassung klärt nicht ausdrücklich, welcher Instanz diese Befugnis

---

[30] Der Begriff der „Scheidung" bezeichnet im Folgenden als Oberbegriff die verschiedenen Scheidungsverfahren (Verstoßung, Selbstloskauf, Auflösung) und ihr *de facto* Ergebnis, d.h. das Ende einer ehelichen Bindung.

[31] Im Folgenden Rede des damals amtierenden Präsidenten *Hamid Karzai* im Rahmen einer Konferenz zum Thema "*Islam in a Pluralistic World*" in Wien am 15. November 2005, zitiert nach *Rohe*, Islamisches Recht im islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter, Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (342).

[32] Vgl. *Yassari/Saboory*, Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, S. 273 (299).

zukommt. Zum einen hat der Oberste Gerichtshof nach Art. 121 AfgVerf die Normenkontrollkompetenz, zum anderen wurde nach Art. 157 AfgVerf der Verfassung die „Unabhängige Kommission zur Überwachung der Anwendung der Verfassung" im Jahre 2009 eingesetzt. Ferner überwacht der Staatspräsident die Anwendung der Verfassung (Art. 64 Nr. 1 AfgVerf). Daher ist es erforderlich zu bestimmen, welche Instanz die Verfassungsinterpretation vornimmt und mit welchen Methoden sie vorgeht.

Das positive afghanische Recht hat im Vergleich zum Recht des Verfassungsstaates westlicher Prägung eine schwächere Stellung, denn neben dem staatlichen Recht existieren weitere Normen wie das Stammesrecht und religiöses Recht. [33] Diese Vielfalt der Rechtsproduktion hat in Afghanistan nicht erst mit der Kodifizierung zum Anfang des 20. Jahrhunderts begonnen, sondern bestand schon zuvor durch die Koexistenz von Stammesrecht und religiösem Recht.[34] Zur ältesten Rechtsquelle gehört das tradierte Gewohnheitsrecht.[35] Mit dem Hinzukommen eines neuen Rechtssystems, nämlich des positiven Rechts, wurde das Verhältnis nur komplexer. Anders als in zahlreichen anderen muslimischen Staaten war die Einführung weltlichen Rechts in Afghanistan nicht Folge einer Kolonialisierung. Es wurde vielmehr von den afghanischen Herrschern freiwillig eingeführt.[36]

Neben den staatlichen Gerichten bestehen nichtstaatliche Streitbeilegungsmechanismen, bei denen sich die Parteien auswählen, ob ihr Fall nach islamischem Recht oder dem jeweiligen Gewohnheitsrecht beurteilt werden soll.[37] Dadurch, dass staatliche Justizeinrichtungen entweder insbesondere in ländlichen Gebieten nicht existieren oder nicht funktionsfähig sind, wird etwa 80 % der Straf- und Zivilrechtsfälle durch informelle Streitschlichtungsmechanismen gelöst.[38] Zu

---

[33] Vgl. *Schneider,* The Position of Women in the Islamic and Afghan Judiciary, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 83 (85); *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257; *Yassari*, Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitution of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 45 (47); *Yassari/Saboory,* Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, S. 273.

[34] So auch *Yassari/Saboory,* Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, S. 273 (312); wissenschaftliche Untersuchungen anthropoligisch orientierter Rechtspluralisten haben sich zunächst auf die Überschneidung normativer Ordnungen in der Kolonialzeit konzentriert, siehe dazu das Schrifftum zusammenfassend *Merry,* Legal Pluralism, Law & Society 1988, S. 869-872; auch *Franz* und *Keebet von Benda-Beckmann,* verweisen darauf, dass es in vielen Regionen der Welt durchaus einen „Rechtspluralismus vor dem Staat" gegeben hat, *Benda-Beckmann/Benda-Beckmann*, Adat, Islam und Staat, in: Kemper/Reinkowski, Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 89 (101).

[35] *Yassari*, Das afghanische Recht, inamo 2009 (57), S. 27.

[36] So auch *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (264); Siehe dazu auch Kapitel 1 dieser Arbeit.

[37] *Yassari*, Das afghanische Recht, inamo 2009 (57), S. 27.

[38] *Yassari*, Das afghanische Recht, inamo 2009 (57), S. 27.

diesem schon bestehenden komplexen System verschiedener Normproduzenten treten kriegsbedingte Schwierigkeiten. In den Gebieten, in denen die Taliban die Herrschaft ausüben, bestehen mobile Taliban-Gerichte, die ihre Entscheidungen auf einer fundamentalistischen Auslegung des islamischen Rechts treffen.[39] Zu Recht beschreibt daher *Tilmann Röder* die Situation in Afghanistan wie folgt:

> *...Vor diesem Hintergrund wäre es verfehlt, von einem Regelungssystem oder gar einer Rechtsordnung zu sprechen. Die komplexe Realität lässt sich eher als „Patchwork" von Normen beschreiben. Die Vielfalt der Normen, die – inkohärent und notdürftig miteinander verbunden – das Verhalten der Menschen in Afghanistan prägen und Konfliktlösungen zugrunde liegen, erinnert durchaus an jene bunten Flickenteppiche, die man noch heute in ganz Zentralasien findet…*

Im Hinblick auf die diversen Normsetzungsmechanismen in Afghanistan, ist der Begriff des Rechtspluralismus zu klären.

II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Für Fälle von nebeneinander bestehenden Rechtswelten, ist in den letzten Jahrzehnten der Begriff des „Rechtspluralismus"[40] geprägt worden.[41] Dieser hat unterschiedliche Erscheinungsformen.[42] So kann er friedlich und komplementär nebeneinander bestehen. Konflikte entstehen dort, wo sich widersprechende Normen einen Sachverhalt regeln.[43]

In der Literatur ist vielfach debattiert worden, was genau unter dem Begriff des Rechtspluralismus zu verstehen ist.[44] Diese Diskussionen haben letztendlich zu dem Schluss geführt, dass zwischen zwei Ausprägungen dieses Begriffes

---

[39] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (258).
[40] Zu alternativen Bezeichnungsmöglichkeiten siehe *Griffiths*, Preface, in: Dupret/Berger/Al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, S. vii (viii).
[41] *Reinkowski*, Gewohnheitsrecht im multinationalen Staat, in: Kemper/Reinkowski (Hrsg.), Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 120 (123).
[42] *Benda-Beckmann,* Gefangen im Rechtspluralismus, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 169 (172 f.).
[43] Vgl. *Woodman*, The Idea of Legal Pluralism, in: Dupret/Berger/Al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, S. 3 (17).
[44] So definiert *Jacques Vanderlinden* Rechtspluralismus als "l`existence, au sein d`une société déterminée, de mécanismes jurisdiques différents s`appliquant à des situations identiques", ders., Le pluralism juridique, in: Gilissen (Hrsg.), Le pluralism juridique, S. 19; *Barry Hooker* etwa versteht Rechtspluralismus als „the situation in which two or more laws interact" und bezieht dieses Phänomen insbesondere auf kolonialisierte Länder in Afrika und Asien, in denen das Recht der kolonialisierenden Staaten parallel zum ursprünglichen religiösen Recht und Gewohnheitsrecht existierte, vgl. *ders.,* Legal Pluralism, S. 1; zur Beschreibung des Begriffs „*Rechtspluralismus*" siehe auch *Benda-Beckmann*, Citizens, strangers and indigenous peoples, in: Benda-Beckmann/Benda-Beckmann/Hoekema (Hrsg.), Natural resources, environment and legal pluralism, S. 1-42; *Griffiths*, What is Legal Pluralism?, Journal of of Legal Pluralism Vol. 24 (1986), S. 1 ff; *Merry*, Legal pluralism, Law and Society Review 22 (1988), S. 869-896;

unterschieden wird,[45] nämlich dem „starken“[46] und dem „schwachen“ Rechtspluralismus. Ersterer orientiert sich an einem Rechtsbegriff,[47] der nicht im Sinne *Kelsens*[48] auf einer direkten Kopplung an den Staat basiert[49], sondern vielmehr im Sinne von *Ehrlichs*[50] „lebendigem Recht“ offen gehalten und politische, rechtliche und soziale Rechtsproduktion gleichberechtigt behandelt. Demnach sind unter Rechtspluralismus eine Vielzahl von interagierenden sozialen Feldern und Normproduzenten[51], denen mehrere Personen oder eine Gesellschaft unterworfen sind, zu verstehen.[52] Dieses rechtsethnologische bzw. soziologische Verständnis des Rechtspluralismus basiert auf einer wirklichkeitsgetreuen Auffassung von Recht und wendet sich gegen die Tradition eines „Rechtszentralismus“ (legal centralism).[53] Der zentralistische Anspruch des staatlichen Rechts wird mit der Existenz anderer Rechtsordnungen konfrontiert.

Der monopolistische Ansatz des Staates, mit dem Anspruch, die Instanz zu sein, die den Geltungsbereich anderen Rechts bzw. anderer Rechtsquellen im Rahmen eines staatlich-rechtlich geregelten Rechtspluralismus festlegt, wird als „schwacher“ Rechtspluralismus bezeichnet.[54] Aus dieser Perspektive zu sprechen bedeutet, dass das internationale Recht, das Gewohnheitsrecht bzw. das Stammesrecht und islamisches Recht nur insoweit als „Recht“ angesehen werden können, wie sie durch den Staat als geltendes Recht anerkannt werden.[55]

---

[45] *Woodman*, The Idea of Legal Pluralism, in: Dupret/Berger/al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, S. 3 (9).

[46] *Benda-Beckmann/Benda-Beckmann*, Adat, Islam und Staat, in: Kemper/Reinkowski (Hrsg.), Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 89 (90); *Woodman*, The Idea of Legal Pluralism, in: Dupret/Berger/al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, S. 3 (5).

[47] Die unterschiedlichen Pluralismusdefinitionen basieren auf den weiterhin umstrittenen Begriffen des Rechts in Ethnologie, Politologie, Rechts- und Sozialwissenschaften, siehe dazu etwa *Lampe*, Was ist Rechtspluralismus, in: Ders. (Hrsg.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, S. 8 ff.

[48] *Kelsen*, What is Justice, in: Weinberger (Hrsg.), Hans Kelsen; *Kelsen*, Reine Rechtslehre.

[49] Siehe dazu m.w.N. *Woodman*, The Idea of Legal Pluralism, in: Dupret/Berger/al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, S. 3 (6 f.).

[50] *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 412.

[51] *Griffiths*, What is legal pluralism?, Journal of Legal Pluralism Vol. 24 (1986), S. 1 (2); *Reinkowski*, Gewohnheitsrecht im multinationalen Staat, in: Kemper/Reinkowski (Hrsg.), Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 120 (124); *Moore* spricht in diesem Zusammenhang von semi-autonomen Feldern, *dies.,* Law and Social Change, Law and Society Review 1973, Nr. 7, S. 719 – 746.

[52] *Woodman*, The Idea of Legal Pluralism, in: Dupret/Berger/al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, S. 3 (13).

[53] *Dupret*, Legal pluralism, in: Dupret/Berger/al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, S. 29.

[54] *Griffiths*, What is legal pluralism?, Journal of Legal Pluralism Vol. 24 (1986), S. 1-55.

[55] Vgl. auch *Dupret/Berger/Al-Zwaini*, Introduction, in: Dupret/Berger/al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, S. xi; ferner *Röhl*, Auflösung des Rechts, in: Lorenz (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich, S. 1161 ff.

Der Unterschied zwischen den vorgestellten Formen des Rechtspluralismus ist darin zu sehen, dass im Falle des „schwachen" Rechtspluralismus die Anerkennung des Rechts durch den Staat erfolgt, während im Falle des „starken" Rechtspluralismus mehrere Normproduzenten unabhängig voneinander agieren.[56] Letztendlich ist die Definition des Rechtsbegriffs entscheidend, um von einem „starken" bzw. „schwachen" Rechtspluralismus sprechen zu können.[57] Diese Problematik bedarf hier jedoch keiner weiteren Erörterung, da im vorliegenden Fall von der afghanischen Verfassung und den Parlamentsgesetzen ausgehend in erster Linie der „schwache" Rechtspluralismus geprüft werden soll, so dass der Untersuchungsgegenstand in jedem Fall unter den Rechtsbegriff fällt.

Die Beschränkung auf den Gegenstand der klassischen Rechtswissenschaft rechtfertigt sich daraus, dass schon die afghanische Verfassung selbst noch einer tiefergehenden rechtswissenschaftlichen Analyse bedarf. Wie bereits beschrieben, befinden sich im Verfassungstext selbst ungelöste Fragen, die vorerst einer Klärung aus der normativen Sicht bedürfen.[58]

B. Probleme im Rahmen der Arbeit

Bei Aufnahme der Arbeit wurde die Analyse der Urteile des Obersten Gerichtshofs Afghanistans („*Stera Mahkama*") beabsichtigt, um so vermutete Prozesse der Hierarchisierung des Rechts untersuchen zu können. Erst auf dieser Basis sollten die normativen Überlegungen zur juristischen Methodik und zum Umgang mit dem Rechtspluralismus erfolgen. Dieses Vorhaben ist trotz umfangreicher Recherchebemühungen an der afghanischen Rechtsrealität gescheitert, da afghanische Gerichte ihre Entscheidungen grundsätzlich nicht veröffentlichen. Das gilt auch für den Obersten Gerichtshof. Nur vereinzelt ist es Wissenschaftlern in den letzten Jahren möglich gewesen, an Urteile des Obersten Gerichtshofs zu gelangen. Auch andere Regierungsinstitutionen oder internationale, in Afghanistan tätige Organisationen verfügen nach eigener Auskunft nicht über die vom Obersten Gerichtshof verabschiedeten Urteile. Die zeitaufwendigen Recherchen in dieser Richtung waren daher nicht fruchtbar.

Auch Anfragen an das afghanische Justizministerium und an die afghanische Botschaft in Berlin waren vergeblich. Andere ausländische Organisationen, die

---

[56] Vgl. *Woodman*, The Idea of Legal Pluralism, in: Dupret/Berger/al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, S. 3 (10).
[57] Vgl. *Benda-Beckmann,* Rechtspluralismus, Zeitschrift für Ethnologie 119 (1994), S. 1(3); *Kötter/Kühl//Mengesha,* Normative Pluralität ordnen?, in: Kötter/Schuppert(Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 11 (20).
[58] *Schoiswohl*, Wo Theorie zur Praxis wird, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum internationalen Recht, S. (21) 31; *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93 (96).

sich im afghanischen Rechtssystem engagieren, haben meinem Anliegen keine konsequente Beachtung geschenkt. So kam es nicht selten vor, dass meine E-mails immer weiter geleitet wurden, aber sich irgendwann niemand mehr verantwortlich fühlte. Die Gründe hierfür mögen sicherlich unterschiedlicher Natur sein. Erst nach persönlichem Erscheinen beim Obersten Gerichtshof in Kabul wurde mir schließlich ein Band mit veröffentlichten Entscheidungen überreicht. Diese befassen sich in thematischer Hinsicht mit diversen Themen. Auffällig ist jedoch, dass in nahezu allen Entscheidungen die Urteilsbegründung des Obersten Gerichtshof sehr kurz ausfällt. Auch andere Rechtswissenschaftlicher, die sich mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs beschäftigt haben, sind sich darüber einig, dass diese inkonsistent und unlogisch ist.[59]

Aus diesen Gründen konnte die verfassungsrechtliche Rechtsprechung des afghanischen Obersten Gerichtshofs nicht - wie ursprünglich geplant - der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegt werden. Stattdessen wurde nun eine weitgehend eigenständige, die afghanische Rechtstradition berücksichtigende Verfassungsanalyse vorgenommen. Daher sieht sich die Arbeit als ein Anstoß zu weiteren tiefergehenden Analysen der afghanischen Rechtsordnung. Es bleibt zu hoffen, dass sich die afghanische Rechtswissenschaft trotz der schwierigen Situation des Landes und den Herausforderungen, die sich stellen, im Verlaufe der kommenden Jahrzehnte etabliert.

C. Die Methode der Untersuchung und Gang der Darstellung

Da zu den behandelten Rechtsgebieten kaum bzw. keine Literatur existiert, stößt die Interpretation bestimmter Rechtsvorschriften an ihre Grenzen. Eine Methodik der afghanischen Verfassungsinterpretation existiert – soweit ersichtlich – nicht. Daher war eine Analyse der afghanischen Verfassung in erster Linie nur mit dem Normtext möglich. Folglich wurde mit Hilfe der gängigen juristischen Auslegungsmethoden versucht, die Verfassung zu interpretieren. Die in Deutschland etablierten Auslegungsmethoden verfügen über eine mittlerweile lange Tradition der Grundrechtsinterpretation, die sehr tiefgreifend und vielschichtig ist. Darüber hinaus haben die klassischen Auslegungsmethoden eine gewisse Allgemeingültigkeit in dem Sinne, dass sie ein systematisches Vorgehen ermöglichen, ohne damit aber auch Inhalte vorzugeben. Diese methodischen Überlegungen werden in dem afghanischen Verfassungskontext – soweit möglich – eingebettet. Dabei sollen die herkömmlichen Methoden der Verfassungsinterpretation im Rahmen der vorliegenden Untersuchung lediglich eine Grundlage dafür darstellen, dass sie

[59] So *Tilmann Röder*, Geschäftsführer der Max-Planck-Stiftung für internationalen Frieden und Rechtsstaatlichkeit in seiner E-Mail vom 5. Mai 2011 an die Verfasserin; siehe auch *Moschtaghi*, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 68 (2008), S. 509 (511).

ermöglichen sich dem afghanischen Recht in seinem afghanischen Kontext zu nähern.

Das erste Kapitel befasst sich mit der Stellung der Frau in Afghanistan in ihrer historischen Entwicklung und nimmt dabei zusätzlich die wechselhafte afghanische Verfassungsgeschichte in den Blick. Für das Verständnis des afghanischen Rechts aus der europäischen Perspektive ist die Einbettung in die afghanische Rechtstradition erforderlich. Eine Rechtsordnung kann nicht von ihren Traditionen und Wurzeln abgeschnitten werden, sondern steht immer in Bezug zu dem, was in der Vergangenheit als Recht gegolten und Akzeptanz gefunden hat.

Kapitel 2 bildet die Basis für die darauf folgenden Kapitel. Es beschäftigt sich zunächst mit den politischen und rechtlichen Hintergründen der Verfassung. Anschließend wird der Verfassungsgebungsprozess analysiert. Um die Schwierigkeiten und Widersprüche der Verfassung verstehen zu können, ist ihr Entstehungshintergrund und ihr Entstehungsprozess von entscheidender Bedeutung. Der anschließende Teil beschäftigt sich mit der Verfassungsinterpretation. Dazu gehören die interpretierende Instanz und Methoden der Verfassungsinterpretation. Unter Rückgriff auf anerkannte rechtsmethodische Grundsätze werden zunächst die Maßstäbe erarbeitet, anhand derer eine Auslegung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen erfolgen kann. In diesem Zusammenhang wird auch die normative Bedeutung der Islambezüge in der Verfassung herausgearbeitet. Entscheidend ist, welche Rechtsquellen des islamischen Rechts die Verfassung konstituiert. Vorab wird ein Überblick über das islamische Recht, seine Bedeutung, seine Strömungen und seine Rechtsquellen dargestellt. Schließlich wird auch die Frage geklärt, ob die Verfassung völkerrechtsfreundlich auszulegen ist. Zuvor wird untersucht, ob sich die afghanische Verfassung lediglich deklaratorisch auf die Beachtung des Völkerrechts bezieht oder das Völkerrecht rechtsverbindlich in die innerstaatliche Rechtsordnung aufnimmt. Diese Ausrichtung des letzten Abschnitts rechtfertigt sich auch dadurch, dass in der bisherigen afghanischen Rechtsliteratur ein Ansatz zu den Methoden der Verfassungsauslegung ausgeblieben ist.

Das 3. Kapitel beschäftigt sich schließlich mit der Stellung der Frau in der Verfassung von 2004 im Spannungsfeld zwischen dem islamischen und dem internationalen Recht. Im Fokus steht hier Art. 22 Abs. 2 AfgVerf, der die Gleichstellung von Mann und Frau vor dem Gesetz postuliert. Zentral ist hierbei die Frage nach der Rechtssetzungsgleichheit in Abgrenzung von der Rechtsanwendungsgleichheit. Nur Erstere kann eine wirkliche Gleichstellung der Frau bewirken, denn im Falle einer Rechtssetzungsgleichheit (Gleichheit durch das Gesetz) ist auch der Gesetzgeber an den Gleichheitssatz gebunden. Anhand der im Kapitel 2 entwickelten Auslegungsmethoden wird sodann eine detaillierte Analyse des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf vorgenommen. Im Rahmen dieser Auslegung ist das Spannungsfeld zwischen dem islamischen und internationalen Recht zu klären. Hierbei wird dargestellt, inwiefern die von Afghanistan ratifizierten Menschenrechtsabkommen eine in der Verfassung verankerte Rechtssetzungs-

gleichheit fordern und ob dieses Prinzip mit der Stellung der Frau im islamischen Recht vereinbar ist. Schließlich stellt sich die entscheidende Frage, ob das islamische Recht der Durchsetzung einer Rechtssetzungsgleichheit entgegensteht. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt dabei auf den Möglichkeiten einer liberalen Auslegung des islamischen Rechts. Anhand ihrer soll dargestellt werden, ob eine Gleichberechtigung der Geschlechter im islamischen Recht möglich ist. Im Mittelpunkt der Ausführungen zu einer modernen Auslegung des islamischen Rechts stehen die diskriminierenden Regelungen des Familienrechts und des Erbrechts im klassischen islamischen Recht. Es soll jedoch nicht auf die Frage der Stufenordnung der verschiedenen Normkomplexe eingegangen werden, da diese im 4. Kapitel der Arbeit vertieft dargestellt wird.

Anschließend wird im 4. Kapitel das Scheidungsrecht selbst untersucht. Das Scheidungsrecht ist im afghanischen Zivilgesetzbuch einfachgesetzlich geregelt und steht im Widerspruch zum Diskriminierungsverbot. Im Wesentlichen ist hierbei zu bestimmen, in welcher Weise sich dieses einfache Gesetz in die Normenhierarchie einfügt. Diese Frage ist unter zwei Gesichtspunkten zu klären: Zum einen ist eine Normenhierarchie im Rahmen der Rechtserzeugung zu entwickeln und zum anderen im Rahmen der Rechtsanwendung. Aufgrund der festgestellten Diskrepanz - insbesondere zwischen den völkerrechtlichen Bestimmungen auf der einen Seite und dem einfachgesetzlich geregelten Scheidungsrecht sowie dem klassischen islamischen Recht auf der anderen Seite - folgt eine Untersuchung des Ranges dieser Normkomplexe. Entscheidend ist insbesondere, welchen rechtlichen Status und Rang die von Afghanistan ratifizierten menschenrechtlichen Verträge innerhalb der Rechtsordnung haben, ob sie etwa in der Lage sind, entgegenstehendes einfaches Recht zu verdrängen oder gar zur unmittelbaren Wirkung fähig sind. Aber auch der Rang des islamischen Rechts spielt eine wesentliche Rolle. In diesem Rahmen wird die Analyse eines Urteils des Obersten Gerichtshofs, das sich mit Scheidungsrecht beschäftigt, vorgenommen. Dadurch wird der konkrete Umgang mit einem pluralen Normengefüge rechtsempirisch herausgearbeitet.

Schließlich ist auf das grundsätzliche Spannungsverhältnis zwischen dem Völkerrecht auf der einen und dem islamischen Recht auf der anderen Seite einzugehen. Hierbei wird auch geklärt, ob aus der afghanischen Verfassungsordnung eine Pflicht zur Anwendung moderner Interpretationen abgeleitet werden kann oder ob diese Auslegungsmöglichkeiten lediglich bestehen, ohne dass sie für den Gesetzgeber und für die Richter rechtsverbindlich sind.

In dem abschließenden 5. Kapitel beschäftigt sich die Arbeit mit den tatsächlichen Bedingungen für die Rechtsdurchsetzung. Für die Effizienz eines Rechtssystems kommt es auf diese tatsächlichen Bedingungen entscheidend an. Dazu gehört zum einen die politische, soziale und wirtschaftliche Lage in Afghanistan nach über 30 Jahren Krieg und die fehlende Verfassungskultur. Zum anderen darf in der rechtlichen Diskussion nicht das Stammesrecht außer Acht gelassen

werden. Auf seiner Grundlage werden in Afghanistan etwa 90 % der Streitfälle gelöst.[60]

[60] *Yassari,* Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 45 (52 f.). Siehe zu den traditonellen Schlichtungsinstrumenten *Wardak*, Building a Post-War Justice System in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 61.

Kapitel 1: Historische Aspekte

A. Die sozio-politische Entwicklung der Frauensituation

Die sozio-politische Entwicklung der Frauensituation in Afghanistan ist mit ständigen Spannungen zwischen den Modernisierungsbefürwortern und den traditionellen Kräften verbunden. Im Folgenden soll dargestellt werden, wie sich diese Entwicklung gezeichnet hat. Der Fokus wird auf die Entwicklungen im 20. Jahrhundert gesetzt, wobei zunächst die Staatsgründung und die Entwicklungen im 19. Jahrhundert überblicksartig behandelt werden. Dabei werden im Groben die politischen Vorgänge des Landes, insbesondere das Verhältnis der Stämme, der Geistlichen und des Staates zueinander dargestellt. Es wird auf die Frage eingegangen, inwieweit sich die verschiedenen Herrschaftsformen seit der Staatsgründung Afghanistans für die Rechte der Frau eingesetzt haben.

Die Situation der Frau in Afghanistan stand bzw. steht stets in Abhängigkeit zur Tradition und Religion. In diesem Zusammenhang soll insbesondere die Rolle des Islam in der afghanischen Gesellschaft, aber auch das Verhältnis der diversen Regierungsformen zu den religiösen Kräften dargestellt werden. Das historische Verständnis der Rolle des Islam und der Bedeutung der traditionellen Werte für die afghanische Gesellschaft ist erforderlich, um ein Bewusstsein bezüglich dieser Werte für das gegenwärtige Afghanistan entwickeln zu können.

I. Religion und Staat im klassischen islamischen Recht

Die politische Geschichte Afghanistans und seiner Herrschaftslegitimation ist vor dem Hintergrund des Verhältnisses zwischen Religion und Staat im klassischen islamischen Recht zu analysieren.[1]

Der Islam zieht keine Trennungslinie zwischen Religion und Weltlichkeit, er ist demnach Religion und Staat zugleich.[2] Folglich bildet er ein ethisch-religiöses Bezugssystem, das alle Aspekte menschlichen Lebens leitet und durchdringt sowie die Beziehung des Individuums zu Gott und sein Verhalten gegenüber Mitmenschen, Tier und Umwelt bestimmt.[3] Historisch gesehen, bildeten Staat, Recht und Religion durch die Führung des Propheten *Mohammed* und seine göttlichen Offenbarungen eine Einheit.[4] Nach seinem Tod ist jedoch ein Bruch zwischen dem staatstheoretischem Anspruch einer Einheit von Religion, Recht und Staat und realen politischen Entwicklungen festzustellen, denn nach diesem Ereignis musste aufgrund fehlender struktureller und funktioneller Vorgaben des Propheten für einen islamischen Staat, die Staatsform neu ausgehandelt werden.[5] Für das Verhältnis zwischen Religion und Staat ist das Ergebnis der Entwicklungen des 8. und 9. Jahrhunderts von entscheidender Bedeutung, denn danach oblag die Interpretation religiöser Texte den ausgebildeten islamischen Rechtsgelehrten und nicht etwa dem Herrscher.[6] *Ibn Taimiyya,* ein bis heute weithin anerkannter Gelehrter des 14. Jahrhunderts, führte aus, dass das Recht an keine bestimmte Form des Staates gebunden sei. Es sei nur für eine *siyāsa šarī`a,* eine Staatführung zu sorgen, die sich am Recht orientiere.[7] Somit verliert die Person des Herrschers an Bedeutung. Wichtig wird, dass die Herrschergewalt im Dienst von Religion und religiöser Gemeinde ausgeübt wird.[8] Die islamischen Rechtsgelehrten (*ʿulamāʾ*) haben im Laufe der Jahrhunderte ihre Rolle als Hüter der souveränen Stellung der

[1] Vgl. *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (150); siehe zur Stellung des Staates im klassischen islamischen Rechtssystem für viele stellvertretend *Pohl*, Islam und Friedensvölkerrechtsordnung, S. 27 ff.

[2] *Kuhn-Zuber,* Der Islam und die Universalität der Menschenrechte, in: Hasse/Müller/Schneider (Hrsg.), Menschenrechte, S. 307 (312).

[3] *Kuhn-Zuber,* Der Islam und die Universalität der Menschenrechte, in: Hasse/Müller/Schneider (Hrsg.), Menschenrechte, S. 307 (312).

[4] *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (148); *Rohe,* islamisches Recht, S. 141.

[5] *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (148).

[6] *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (149).

[7] Vgl. die Darstellung bei *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (150); *Rohe,* islamisches Recht, S. 144.

[8] Vgl. die Darstellung bei *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (150).

šarī`a gegenüber der weltlichen Herrschaft konsolidiert.[9] In dieser Position haben sie sich als Vermittler zwischen Religion und König gesehen.[10]

II. Die Staatsgründung Afghanistans 1747

Afghanistan wurde 1747 gegründet, als die Führer der paschtunischen Stämme in der traditionellen „großen Versammlung", der „*loya jirga*", *Ahmad Khān* zum König wählten.[11] Später wurde er „*Ahmad Schāh Dūrrānī*" genannt. Bald gelang es ihm seine Herrschaft auf das Territorium des heutigen Afghanistan zu festigen, und er erweiterte sie von Maschad bis Kaschmir und Delhi und von Amu Darya bis zum Arabischen Meer.[12] Das damalige Afghanistan bildete keinen Staat mit festen Grenzen, sondern bestand vielmehr aus einem Konglomerat von Gebieten, die unterschiedlich stark an die Zentralregierung gebunden waren.[13] Es handelte sich um einen lockeren Herrschaftsverbund von Fürstentümern und paschtunischen wie nicht-paschtunischen Stämmen, die er nur indirekt beherrschte.[14]

Obgleich mehr als 90 % der afghanischen Bevölkerung muslimischen Glaubens waren, haben die afghanischen Könige jedoch ihre Herrschaft nicht durch die Theorie des „frommen religiösen Herrschers" legitimiert.[15] Grund dafür war, dass in der afghanischen Stammesgesellschaft der traditionelle Kodex (*Paschtūnwālī)* die primäre und die Religion die sekundäre juristische und moralische Grundlage der Gesellschaft bildete.[16] Der afghanische Staat stellte in erster Linie eine Vereinigung unterschiedlicher Stämme dar. Seine primäre ideologische Grundlage war das Stammesrecht. Im Herrschaftslegitimationsmodell der Stämme waren zwar Gott und der Prophet *Mohammed* die endgültigen Autoritäten. Die Vermittler zwischen himmlischer Macht und weltlicher Herrschaft waren jedoch nicht in erster Linie die Religionsgelehrten, sondern die traditionelle *jirga.*[17] Der König war stets von der militärischen Gefolgschaftstreue der Stämme abhängig und musste sich die Loyalität ihrer Führer ständig sichern.[18]

---

[9] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 10.

[10] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 10.

[11] *Poya*, Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (266); *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 21; *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 17.

[12] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 7; *Olesen,* Islam and Politics in Afghanistan, *S*. 21 f.

[13] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 17.

[14] *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 49; vgl. auch *Djan-Zirakyar,* Stammesgesellschaft, S. 101.

[15] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 33.

[16] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 33.

[17] Vgl. *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 34.

[18] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 23.

So war der afghanische Staat mit zwei unterschiedlichen und ineinander übergreifenden Rechtsquellen konfrontiert. In dieser Dualität der Legitimationsquellen sahen die Paschtunen keinen Widerspruch.[19] Nach ihrer Ansicht waren Islam und Paschtunwali einander behilflich und gegenseitig ergänzend.[20] Islamisches Recht und Stammesrecht wurden als kompatibel angesehen, in Kollisionsfällen galt jedoch der Vorrang des Stammesrechts.[21] Für die Erhaltung von Recht und Ordnung im Lande war das staatliche Justizwesen, an dessen Spitze die vom Staat ernannten Richter standen, praktisch nur in den Städten zuständig.[22] In den restlichen Landesteilen war die Gerichtsbarkeit eine Angelegenheit der traditionellen örtlichen Institutionen.[23] Ein staatlich kodifiziertes Rechtssystem existierte nicht, so dass auf Grundlage der *šarī`a*, modifiziert durch Stammesrecht, entschieden wurde.[24] Die staatlichen Funktionen waren auf die militärische Verteidigung des Landes nach außen, die Regelung der Justizverwaltung und die Finanzierung dieser Aufgaben durch Steuern beschränkt.[25]

Im 19. Jahrhundert wurde Afghanistan zum Pufferstaat zwischen den Kolonialreichen der Großmächte England und Russland.[26] Versuche Englands, Afghanistan vollständig zu besetzen, schlugen fehl.[27] Allerdings dominierten sie die afghanische Außenpolitik.[28] Erst nach drei Kriegen mit den Briten erlangten sie im Jahre 1919 auch die außenpolitische Hoheit wieder.[29]

[19] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 33.
[20] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 33.
[21] Als Beispiel hierfür gilt die Schlechterstellung der Frau im Erbrecht im Stammesrecht gegenüber den Regelungen des Islams, *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 34.
[22] Siehe dazu *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 3 ff.
[23] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 31.
[24] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 31.
[25] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 31.
[26] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 17; Afghanistan war eines der letzten Länder dieser Region, das sich jeder kolonialen Einflussnahme entzog. Dort kollidierten die Interessen der damaligen Großmächte Russland und England. England wollte seine Besitzungen in Indien absichern und Russland strebte den Zugang zu einem „warmen Meer" an. Folge dessen war der erste anglo-afghanische Krieg (1839 bis 1842). Hier sollte England schmerzlich die Grenzen seiner kolonialen Politik erfahren, vgl. *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 55; um sich gegen die Expansionsgelüste der Großmächte zu wehren, wählten die Afghanen die Selbstabschließung gegenüber der Außenwelt. Dies hatte aber auch zur Folge, dass sie sich weitgehend von den geistigen, sozialen und technischen Fortschritten, die die ganze Welt zu verändern begannen, abschnitten. Im Gegenzug dafür konnten sie ihre Freiheit bewahren. *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 7; vgl. auch *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 25 ff.
[27] Im ersten anglo-afghanischen Krieg (1839 bis 1842) und im zweiten anglo-afghanischen Krieg (1879-1880).
[28] Vgl. *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 17.
[29] *Hassan*, The Soviet Invasion, S. 3.

III. Afghanistan unter König *Abdurrahmān*

1880 wurde *Amir Abdurrahmān* König von Afghanistan. Erstmals in der afghanischen Geschichte schaffte er einen von den Stämmen unabhängigen Zentralstaat, indem er die Stammesführer entmachtete.[30] Diese Politik hatte zur Folge, dass er nunmehr die traditionellen Führungsgruppen des Landes, nämlich die Adligen, die Stammesführer und die Religionsgelehrten, in den zentralen Staat eingliederte, um mit ihm gemeinsame politische und ökonomische Interessen zu verfolgen.[31] Dabei erkannte er, dass der Islam der einzige gemeinsame Nenner der afghanischen Gesellschaft war und nutzte diesen Identitätsfaktor im Sinne seiner Politik aus: Seine absolute Monarchie – in Abkehr zu den vorher durch die Institution der *loya jirga* legitimierten Herrscher – begründete er mit dem Willen Gottes, das afghanische Volk von den durch den zweiten anglo-afghanischen Krieg verursachten Missständen befreien zu wollen.[32] Auch die Loslösung des Staates von dem unmittelbaren Einfluss der Stämme sei gottgewollt.[33]

Amir Abdurrahmān sah sich als König gleichzeitig als Beschützer und Interpret des islamischen Rechts.[34] Um seine Politik des Islam nach außen glaubhaft tragen zu können, strebte er nach einer Islamisierung des Justizsystems.[35] Ähnlich wurden auch die Bildungseinrichtungen darauf ausgerichtet hinreichend im islamischen Recht ausgebildetes Personal zu rekrutieren. Die Integration der Bildungseinrichtungen unter staatlicher Kontrolle war insofern erforderlich, als diese bisher dem Monopol der Geistlichen unterlag. Dadurch gelang es *Amir Abdurrahmān* die Interpretation des Islam staatlich zu kontrollieren und mit den Regelungen der hanafitischen Rechtsschule in Einklang zu bringen.

Fest steht, dass er die Religion des Islam zwecks Erhaltung und Etablierung seiner Macht instrumentalisierte und keinerlei religiöse Ideologien verfolgte.[36] Die Islamisierung des Landes - insbesondere des Justizwesens - wurde daher als Mittel zur Etablierung der staatlichen Kontrolle eingesetzt.

Im Hinblick auf die Rechte der Frau vertrat der König konservative Ansichten: Männer müssten Frauen in jeglicher Hinsicht kontrollieren.[37] Sie sollten sich ins Haus zurückziehen und es nur mit Erlaubnis ihres Mannes verlassen.[38] So sah er durch russische und britische Kräfte die Unabhängigkeit Afghanistan als gefährdet, indem er Folgendes behauptete:

---

[30] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 8.
[31] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 62.
[32] Vgl. *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 63.
[33] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 64.
[34] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 64.
[35] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 65.
[36] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 90.
[37] Vgl. *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 70.
[38] *Alekozai*, Die Entwicklung der Stellung der Frau in Afghanistan, S. 147 (148); *Rahimi*, Frauen in Afghanistan, S. 35.

> *They will not be satisfied with the taking of the country of Afghanistan but will introduce their customs which are disgraceful in the extreme; for instance husbands have no power to kill their wives for misconduct – a condition of things hated in Afghanistan – and other evils besides that mentioned above, too numerous to speak or write about…*[39]

Gewisse Praktiken waren jedoch auch gegen seine Moralvorstellung. Dazu gehörten die Zwangsheirat und die Wiederverheiratung von Witwen an den Schwager. Daher ging er im Jahre 1883 gesetzlich dagegen vor: Ab Eintritt der Pubertät war es nunmehr Kindern erlaubt eine Verlobung, die sie nicht wünschten, aufzulösen. Witwen sollten einen Mann nach ihrer freien Wahl heiraten dürfen.[40] Zudem sicherte er den Frauen das Recht auf einen Erbanteil und begrenzte die Höhe der Mitgift.[41] Zum ersten Mal in der afghanischen Geschichte wurde durch eine staatliche Gesetzgebung versucht die Rechte der Frauen zu vereinheitlichen und zu verbessern.[42] Dabei beabsichtigte er nicht eine Neuformierung der afghanischen Gesellschaft, sondern zielte auf die Beseitigung offensichtlicher Missbräuche ab.[43] Diese Anordnungen begründete er mit dem Verstoß einiger Traditionen gegen den Islam.

Seine Erlasse haben jedoch in der afghanischen Gesellschaft nicht viel bewirkt.[44] Um diese religiös-legitimierten Vorschriften durchsetzen zu können war er auf die Unterstützung der Geistlichkeit angewiesen. *Abdurrahmān* hingegen legte nicht viel Wert auf die Meinung der Geistlichkeit.[45] Diese Einstellung hatte Spannungen zwischen den Monopolansprüchen des Staates und der Geistlichkeit um die Formulierung allgemeingültiger Normen zur Folge.[46] Daher schaffte er ein Abhängigkeitsverhältnis der Religionsgelehrten zu sich selbst, indem er sie von anderen finanziellen Quellen abschnitt und ihre Finanzierung verstaatlichte.[47]

Da die staatliche Monopolmacht nur in den Städten durchgesetzt werden konnte, wurde in großen Teilen des Landes - nach wie vor- nach dem Stammesrecht entschieden. Aufgrund der stets männlichen Berichterstatter gibt es kaum Angaben über die Lebensbedingungen einer durchschnittlichen afghanischen Frau des 19. Jahrhunderts. Eindeutig ist aber, dass das Monopol auf alle öffentlichrechtlichen und politischen Entscheidungen in den Händen der Männer lag.[48]

---

[39] Zitiert nach *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 71.
[40] *Rahimi*, Frauen in Afghanistan, S. 35.
[41] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 252; *Rahimi*, Frauen in Afghanistan, S. 35.
[42] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 252.
[43] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 252.
[44] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 252.
[45] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 72.
[46] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 253.
[47] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 71.
[48] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 254.

IV. Die strenge Herrschaft des Emir *Habibullāh*

Nach dem Tod von *Amir Abdurrahmān* regierte sein Sohn und Nachfolger König *Habibullāh* (1901-1919). Im Vergleich zu den vergangenen Jahrzehnten war die innerpolitische Lage Afghanistans in dieser Periode relativ friedlich. Diese Situation ist auf verschiedene Faktoren zurückzuführen, aber unter anderem auch auf die Vorarbeit von *Amir Abdurrahmān*, der die Macht der Stämme zurückgedrängt und die religiösen Kräfte unter die Kontrolle des staatlichen Apparats gestellt hatte. *Habibullāh* setzte die Institutionalisierung der Geistlichkeit fort, indem er die *ʿulamāʾ* in Form des *Mizan al-Tahqiqat Shari`at* umformte.[49] Mitglieder dieser Einrichtung waren sieben bis acht *ʿulamāʾ*, die die Islamkonformität der afghanischen Politik überprüfen sollten.[50] Durch seine Erlasse wird deutlich, dass er nunmehr die Geistlichkeit bezüglich der Rolle der Frau mitbestimmen lassen wollte. Gleich zu Anfang stellte er seine Strenggläubigkeit unter Beweis indem er sich von seiner fünften Frau scheiden ließ.[51] Im Gegensatz zu seinem Vater propagierte er die Politik der völligen Abschließung der Frau. Er ordnete das Tragen des „Tschadors", ein den ganzen Körper bedeckender Schleier, an.[52] Frauen durften auch nicht ohne einen Grund in der Öffentlichkeit erscheinen. Ihre Rolle sollte einseitig auf ihre Position als Mutter und Hausfrau beschränkt werden.

V. Der Wandel zu Zeiten *Amānullāhs*

Nach der Ermordung des Königs *Habibullāh* wurde sein Sohn *Amānullāh* am 27. Februar 1919 zum König gekrönt.[53] Seine erfolgreichen Friedensverhandlungen mit den Briten hatten die völlige Unabhängigkeit Afghanistans im August 1919 zur Folge.[54] Nicht zuletzt aus diesem Grunde erhob ihn die afghanische Bevölkerung zum „König des Islam".[55] Sein wichtigstes Anliegen war die Modernisierung und Reformierung des Landes.[56] Zunächst sollte der institutionelle Rahmen des afghanischen Staates ausgebaut werden. Damit einher ging die Prämisse, den

---

[49] *Khaki,* Islam in Afghanistan, in: Rafiabandi (Hrsg.), Challenges to religion and Islam, S. 535 (544).
[50] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 96.
[51] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 254.
[52] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 254.
[53] Zu den Machtkämpfen um die Thronfolge siehe *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 111 ff.
[54] Zunächst war durch die Erklärung der „*völligen Unabhängigkeit*" Afghanistans im Mai 1919 der dritte anglo-afghanische Krieg ausgebrochen. Mit dem Vertrag von Rawalpindi wurde dieser im August 1919 beendet. Darin gaben die Briten dem afghanischen Verlangen nach nationaler Unabhängigkeit und Souveränität nach. Damit wurde Afghanistans außenpolitische Bevormundung aufgehoben.
[55] Vgl. *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 114.
[56] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 27.

Zentralstaat gegenüber anderen einflussreichen Kräften (Stämme und islamische Geistlichkeit) zu stärken. Recht sollte in Afghanistan kodifiziert, überprüfbar und allen zugänglich gemacht werden.[57] In diesem Zusammenhang hatte er sich vier Aufgaben gestellt: die Kodifizierung des Rechts, eine Re- oder Neuorganisation des Justizapparates, die staatliche Juristenausbildung und die Propagierung eines neuen Verständnisses von Recht und Gerechtigkeit.[58] Darüber hinaus sollte eine allgemeine sozioökonomische Veränderung der Gesellschaft entsprechend seines Modernisierungsideals bewirkt werden.[59] Vorbilder für ihn waren *Kemal Atatürk* in der Türkei und der iranische Schah *Reza Pahlewi*. In seinem Bestreben wurde er insbesondere von der Bewegung der „Jungafghanen" bestärkt.[60] Während *Amir Abdurrahmān* durch die Islamisierung des Staates zugleich seine Zentralisierung anstrebte, ging König *Amānullāh* weiter, indem er auch eine Modernisierung und Entwicklung am Beispiel Europas anstrebte.[61] Im Gegensatz zu seinen Vorgängern legitimierte er seine Macht nicht mit dem unmittelbaren Willen Gottes und des Propheten *Mohammeds*, sondern mit dem Willen des afghanischen Volkes.[62]

Durch die Verabschiedung der ersten afghanischen Verfassung im Jahre 1923 und einzelner Gesetze veränderte sich das Bild der diversen Rechtsquellen. Zu dem zuvor herrschenden faktischen Dualismus zwischen islamischem Recht und Stammesrecht kam noch das staatlich gesetzte Recht hinzu.

Mit der Herrschaft *Amānullāhs* erfuhr die Frauenpolitik Afghanistans einen vorübergehenden Wendepunkt. Dies lag nicht zuletzt daran, dass der König mit *Sorayā*, der Tochter des reformorientierten *Mahmūd Tārzi*[63] verheiratet war, der zugleich sein Außenminister wurde.[64] *Tārzi* wies stets darauf hin, dass eine Anpassung an europäische Verhältnisse nicht allein einen militärischen Fortschritt bedeutete, sondern auch eine Änderung auf ökonomischer, wissenschaftlicher, technologischer und kultureller Sphäre.[65] Legitimation in der Religion sollten seine Reformvorhaben dadurch erlangen, dass der Patriotismus zur religiösen Pflicht

[57] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 172.

[58] Näheres dazu siehe *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 172 ff.

[59] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 27.

[60] Dabei handelte es sich nicht um eine politische Partei, sondern um eine Gruppe junger Intellektueller, siehe *Poullada*, Reform and rebellion in Afghanistan, S. 44.

[61] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 121.

[62] Siehe dazu Art. 24 S. 1 der von *Amānullāh* im Jahre 1923 erlassenen Verfassung: "In view of the extraordinary services rendered to the cause of progress and independence of the Afghan nation by His Majesty the King, the noble nation of Afghanistan pledges itself to the royal succession of his line on the principle of male inheritance through selection to be made by His Majesty and by the people of Afghanistan"; so auch *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 121.

[63] *Mahmūd Beg Tārzi* gehörte zum Intellektuellenkreis der Afghanen. Er hatte in der Türkei studiert und war stets in engem Kontakt mit der intellektuellen und revolutionären Bewegung der Jungtürken.

[64] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 116.

[65] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 117.

erklärt wurde.[66] Modernisierung und Fortschritt seien jedoch unerlässlich zur Verteidigung des Vaterlandes. Daher sei Bildung die Pflicht aller gläubigen Muslime.[67]

Unter der Herrschaft von König *Amānullāh* nahmen die liberalen Vorstellungen nun endlich Gestalt an. Ein wichtiger Schritt in diese Richtung war die Eröffnung der ersten Mädchenschule im Jahre 1921 in Kabul.[68]

Zwar wurde die Verschleierung der Frau nicht verboten, König *Amānullāh* übte jedoch Druck auf hohe Beamte aus, ihre Frauen zu entschleiern.[69] 1928 plante er, die Ausbildungsmöglichkeiten für Mädchen innerhalb Kabuls zu vermehren und auch auf dem Lande Mädchenschulen zu errichten.[70] Zudem schickte er eine Gruppe von afghanischen Studentinnen zur Ausbildung in die Türkei.

Nach seiner Auslandsreise (1927/28) kündigte er der *loya jirga* im Jahre 1928 seine Reformvorhaben an:[71] In Kabul sei westliche Kleidung zu tragen, die allgemeine Schulpflicht (auch für Mädchen) und ein Wehrdienst seien einzuführen und schließlich seien der Schleierzwang, die Polygamie und die Wegschließung von Frauen abzuschaffen.[72]

Seine Reformbestrebungen hatten jedoch eine neue Kluft in der Gesellschaft zur Folge: Die Stadtbevölkerung unterschied sich zunehmend in Fragen der Bildung, Kultur und Lebensweise von der Landbevölkerung.[73] Diese Entwicklung spiegelt sich auch in der Stellung der Frau wider. Hat sie meist in der ländlichen Bevölkerung Jahrhunderte lang keine Verbesserung ihrer Situation gespürt, so profitierte sie in den Großstädten von den Reformen. Das betraf jedoch nur Frauen aus privilegierten Schichten, so dass auch in den Städten lediglich einer Minderheit die genannten Reformen zu Gute kamen. Mithin wiesen die von *Amānullāh* eingeführten Veränderungen eine geringe praktische Bedeutung auf.

Amānullāhs Frauenpolitik war den Geistlichen schon immer ein Dorn im Auge gewesen. Zu seiner Unbeliebtheit kam entscheidend hinzu, dass er der traditionel-

---

[66] Vgl. *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 119.

[67] Siehe *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 119.

[68] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 256.

[69] *Knabe*, Frauenemanzipation in Afghanistan, S. 153. Königin *Soraya* sprach sich öffentlich gegen das Tragen des Ganzkörperschleiers aus. Auch der König habe dazu wie folgt Stellung genommen: „Die Religion verlangt von den Frauen nicht, Hände, Füße oder Gesicht zu verschleiern…“. zitiert nach *Rahimi*, Frauen in Afghanistan, S. 41.

[70] In diesem Jahr sollen ca. 800 Mädchen Schulen besucht haben, *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 256.

[71] König *Amānullāh* hielt sich mehrere Monate lang im Ausland, u.a. in Europa, Indien und Ägypten, auf. Ein Vergleich mit diesen Ländern ließ den Zustand der afghanischen Gesellschaft noch rückständiger als zuvor erscheinen, vgl. *Poullada*, Reform and Rebellion in Afghanistan, S. 48 f., 69.

[72] *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 76.

[73] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 16.

len Oberschicht ihren Rang und ihre Titel aberkannt hatte.[74] Daher sahen diese sich zunehmend in ihren Privilegien bedroht.[75] Ihnen waren zwar die Divergenzen zwischen Gesetz und Wirklichkeit bewusst, seine Reformpolitik nutzten sie dennoch dazu aus, um die Masse gegen ihn aufzuhetzen. Stets wurden Gerüchte über seine „unislamische" Gesetzgebung verbreitet.

Die Grenze für traditionelle Afghanen war jedoch endgültig erreicht, als sich Königin *Sorayā* entschleierte und mit einem Hut in der Öffentlichkeit auftrat, um damit ein Exempel für die afghanischen Frauen zu setzen.[76] Viele Afghanen fühlten sich durch diese Politik provoziert. Für sie bedeutete eine Änderung der Stellung der Frau, wie sich in der geänderten Kleidung zeigte, eine Änderung ihrer Werte.[77]

Obwohl es sich bei den Reformvorhaben von *Amānullāh* lediglich um Appelle handelte, wurde propagiert, er habe sie in Form von Gesetzen verabschiedet.[78] Auch sein uneingeschränktes Lob an Europa und die harte Kritik am eigenen Land wurden als taktlos empfunden.[79] Zunehmend wandten sich auch seine eigenen Anhänger von ihm ab.[80] Damit geriet seine politische Autorität immer mehr in Gefahr.[81] Im Jahre 1928 kam es vermehrt zu Demonstrationen gegen die Regierung, die große Revolten zur Folge hatten.[82] Schließlich sah der König sich gezwungen, die durch ihn eingeführten Änderungen zurückzunehmen.[83] Aber auch dies sollte am Ende nicht mehr helfen, um die Loyalität seiner gegnerischen Kräfte gewinnen zu können.

Schließlich floh König *Amānullāh* im Jahre 1929 ins Ausland und Afghanistan fiel in einen Zustand der Anarchie.[84] Damit gingen auch alle begonnenen und erreichten Reformen im Bürgerkrieg unter. *Amānullāh* scheiterte insbesondere daran, dass er seine Reformpläne zügig durchziehen wollte.[85] Die afghanische Bevölkerung war für eine solche drastische Veränderung ihrer gesellschaftlichen Ordnung noch nicht bereit.[86] Einer seiner größten Fehler mag es gewesen sein, das Tragen westlicher Kleidung mit Modernisierung gleichzusetzen, ohne sich hierbei über die Ängste und Provokationspotential in der afghanischen Gesell-

---

[74] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 132.
[75] *Gregorian,* The Emergence of Modern Afghanistan, S. 263.
[76] *Knabe*, Frauenemanzipation in Afghanistan, S. 156.
[77] *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 76.
[78] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 257.
[79] So *Knabe*, Frauenemanzipation in Afghanistan, S. 155.
[80] *Poullada*, Reform and rebellion in Afghanistan, S. 94 f., 122 f.
[81] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 28.
[82] *Gregorian,* The Emergence of Modern Afghanistan, S. 263.
[83] *Gregorian,* The Emergence of Modern Afghanistan, S. 264.
[84] *Gregorian,* The Emergence of Modern Afghanistan, S. 266.
[85] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 13.
[86] Zu den Gründen seines Scheiterns siehe die ausführliche Darstellung bei *Gregorian,* The Emergence of Modern Afghanistan, S. 263 ff. sowie *Knabe*, Frauenemanzipation, S. 155 ff.

schaft bewusst zu sein. Seine Reform scheiterte jedoch auch deswegen, weil es in Afghanistan keine ausreichende aufgeklärte Schicht gab, die bereit gewesen wäre solche Veränderungen mitzutragen. Entscheidend war auch, dass sich die Stämme und Religionsgelehrten von ihm abgewandt hatten.[87] Die konservative Geistlichkeit sah ihre Macht und ihren Einfluss bedroht und die Stämme drangen nach Unabhängigkeit und wollten sich nicht einer starken Zentralgewalt fügen.[88] Die praktische Bedeutung seiner Reformbestrebungen hinsichtlich von Frauenrechten mag im Gesamtbilde unbedeutend gewesen sein, es war damals jedoch eine Pioniertat Frauenrechte überhaupt öffentlich zu diskutieren.

VI. Die kurze Herrschaft *Habibullāh Kalakānīs*

Daraufhin bestieg *Habibullāh Kalakānī*[89] im Januar 1929 den Thron. Neun Monate regierte er in Afghanistan. Der afghanischen Bevölkerung erklärte er, das Land von Heiden und heidnischen Sitten befreien zu wollen.[90] Unter seiner Herrschaft nahmen alle von König *Amānullāh* initiierten Reformen ein Ende.[91] Die Verfassung von 1923 schaffte er ab. Auch das Justizministerium löste er auf. Ferner sorgte er dafür, dass alle Schulen geschlossen wurden.[92] Frauen, die sich zum Zwecke der Ausbildung im Ausland aufhielten, wurden aufgerufen zurückzukehren. Alle errungenen Frauenrechte wurden aufgehoben und das Tragen des Schleiers wurde wieder eingeführt. Seine Herrschaft erwies sich jedoch als chaotisch und ineffizient.[93] Zudem war er – wie die Hälfte seines Kabinetts – Analphabet. Innerhalb kurzer Zeit verlor *Kalakānī* die meisten Verbündeten und es begann sich Widerstand gegen seine Herrschaft zu regen.[94] *Nader Khān*, ein Cousin dritten Grades *Amānullāhs,* gelang es die paschtunischen Stämme im Südosten Afghanistans zu formieren und erfolgreich gegen *Habibullāh Kalakānī* vorzugehen.

[87] *Gregorian,* The Emergence of Modern Afghanistan, S. 269.
[88] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 13.
[89] Dieser hatte den Aufstand von 1928 gegen König *Amānullāh* geführt und eroberte schließlich 1929 Kabul. Zum ersten Mal in der Geschichte des afghanischen Zentralstaats seit 1747 konnte sich eine nicht-paschtunische Herrschaft etablieren.
[90] *Knabe*, Frauenemanzipation in Afghanistan, S. 157.
[91] *Gregorian,* The Emergence of Modern Afghanistan, S. 275.
[92] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 180.
[93] *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 77.
[94] *Gregorian,* The Emergence of Modern Afghanistan, S. 280; *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 30.

VII. Die Herrschaft *Nader Khāns*

Nunmehr regierte *Nader Khān* als König. Zur Legitimation seiner Herrschaft berief er im September 1930 eine *loya jirga*, die seine Thronbesteigung bestätigte.[95] Durch die Einsetzung dieser Institution versuchte er dem traditionellen Modell der Legitimation durch die Stämme gerecht zu werden.[96] Zudem wurde einfachgesetzlich festgelegt, dass zumindest alle drei Jahre eine *loya jirga* einberufen werden müsste und dass keine gravierenden Veränderungen ohne die Zustimmung dieser Institution vorzunehmen seien.[97] Abgeschreckt durch die Niederlage *Amānullāhs,* folgte *Nader Schāh* dem Wunsch der Geistlichkeit die Reformen *Amānullāhs* zurückzunehmen.[98] Er gab zwar an, dass er für Reformen im westlichen Sinne sei, diese müssten jedoch langsamer durchgeführt werden.[99] Die Kunst seiner Herrschaft ist darin zu sehen, dass er versuchte den Stämmen, den Geistlichen sowie den Modernisten gerecht zu werden.[100] Ferner berücksichtigte er die politischen und ökonomischen Interessen der traditionellen Kräfte.[101] Folge davon war, dass zunächst keine Schulen für Mädchen eröffnet wurden.

Erstmalig in der afghanischen Geschichte organisierten sich die *ʿulamāʾ*im Jahre 1931 in Form der *Jamiʿyat al-ulamā*.[102] Im Gegensatz zu den *Mizan al-Tahqiqat* konnte sich die nunmehr etablierte Organisation der *ʿulamāʾ*, die für die Interpretation der Gesetze und ihre Islamkonformität zuständig war, stärker im Staat durchsetzen.[103] Das Justizwesen wurde dualistisch ausgerichtet: Während in der Straf- und Zivilgerichtsbarkeit nach den Maßstäben der *šarīʿa* geurteilt wurde, wurde das öffentliche Recht dem säkularen Recht unterstellt.[104] Den Geistlichen gab er durch die Ernennung zu Richtern weitgehenden Einfluss.[105] Während der Herrschaft *Nader Khāns* wurde keine Gefahr für den Islam seitens der konservativen Kräfte gesehen, sodass seine Politik von diesen für islamkonform erklärt wurde.[106] Da die Reformen nur Frauen, die vor allem in Kabul lebten und der Elite angehörten betrafen, änderte sich für die auf dem Land lebenden Frauen wenig. Diese lebten weiterhin nach den Regeln ihres Stammes bzw. ihrer Familie.

---

[95] Die *loya jirga* bestand aus 286 ausgewählten Personen, Stammesführern und einflussreichen Persönlichkeiten der Städte.

[96] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 172.

[97] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 180.

[98] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 259; *Moltmann,* Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 50.

[99] *Gregorian*, The Emergence of Modern Afghanistan, S. 293.

[100] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 182 u. 193.

[101] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 172.

[102] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 184.

[103] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 184.

[104] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 189.

[105] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 27.

[106] Vgl. *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 184 f.

VIII. Der Tod *Nader Khāns* und die „Onkel-Ära"

Im Jahre 1933 wurde *Nader Khān* ermordet.[107] Entsprechend der Verfassung wurde sein 19-jähriger Sohn *Mohammad Zahir Khān* zum afghanischen König ernannt.[108] Aufgrund seines jungen Alters übernahmen seine Onkel und andere Verwandte die Regierungsgeschäfte.[109] Von 1933-1946 regierte *Mohammad Haschem Khān* als Premierminister. Dieser versuchte die staatliche Gewalt auszudehnen. Im Justizbereich intensivierte er die Zentralisation des Rechtswesens.[110] Er zielte auf eine einheitliche Anwendung der Gesetze, eine Kodifikation staatlichen und religiösen Rechts. Im Hinblick auf die Stellung der Frau wurde vermehrt auf die Schulpflicht der Mädchen geachtet.[111] Folglich wurden wieder zahlreiche Mädchenschulen in Kabul und in den Provinzen gegründet.[112] Ein neues Heiratsgesetz wurde im Jahre 1934 erlassen, das einige Ideen des Gesetzes von 1921 und 1924 übernahm, jedoch nur soweit ging, dass islamwidrige Maßnahmen verboten wurden.[113] Zudem wurde 1948 eine literatur- und wissenschaftliche Abteilung für Frauen an der Kabuler Universität gegründet.[114] Intellektuelle, die in der Tradition *Tārzis* standen, publizierten Artikel über berühmte Frauen und Frauenrechte generell.[115] Im Mittelpunkt der Kritik stand jedoch nicht die Religion, sondern die afghanische Tradition.

Mit der Zeit hatte sich die politische Lage um *Haschem Khān* angespannt, so dass er 1946 als Premierminister zugunsten seines Bruders *Schāh Mahmūd Khān* zurücktreten musste. Dieser verfolgte eine Politik der Liberalisierung und der demokratischen Öffnung.[116] Als zwischen 1949 und 1952 oppositionelle Zeitungen und Zeitschriften erlaubt wurden, konnte auch die Frauenfrage offener diskutiert werden.[117] Zudem hatte sich eine gebildete städtische Mittelschicht etabliert, die sich nach Modernisierung auf allen Ebenen sehnte. Der Druck auf

---

[107] *Nader Khān* hatte trotz seiner Neutralisierungs- und Unterdrückungspolitik Gegner, die entweder Sympathisanten von *Amānullāh* waren oder Anhänger *Habibullāh Kalakānis* waren. Im Verlauf heftiger Auseinandersetzungen wurde dieser ermordet, *Gregorian*, The Emergence of Modern Afghanistan, S. 338 f.

[108] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 15; *Gregorian*, The Emergence of Modern Afghanistan, S. 339 f.; *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 35.

[109] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 35.

[110] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 35.

[111] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 259.

[112] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 259.

[113] Siehe dazu *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 181 f.

[114] Im Jahre 1959 wurde zudem eine medizinische Fakultät für Frauen errichtet. Ab 1961 wurde an der Universität koedukativ gelehrt. *Knabe*, Frauenemanzipation in Afghanistan, S. 166 f.

[115] *Gregorian,* The Emergence of Modern Afghanistan, S. 349 ff.

[116] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 16.

[117] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 262.

die politische Elite, den Frauen größere Rechte zu geben, war spürbar.[118] Mittlerweile gab es auch eine Schicht gebildeter Frauen, die sich zunehmend für ihre Rechte in Kabul engagierte.[119]

Die Amtszeit des *Schāh Mahmūd Khān* war geprägt durch Auseinandersetzungen zwischen der königlichen Familie und den modernistisch ausgerichteten oppositionellen Kräften. Die königliche Familie sah in seiner Liberalisierungspolitik eine Gefährdung ihrer eigenen Machtansprüche.[120] Folglich wurde dieser 1953 zum Rücktritt gezwungen. *Sardār Mohammad Dāūd Khān*, ein Vetter *Zahir Schāhs*, übernahm das Amt des Premierministers.

IX. *Dāūd Khāns* neue politische Impulse

Die Ernennung *Dāūd Khāns* zum Premierminister sollte dem politischen System Afghanistans neue Impulse verleihen. Er war entschlossen keine Kompromisse mit der Geistlichkeit einzugehen. Wie *Abdurrahmān* hielt auch dieser sie für inkompetent. Daher war er darum bemüht sie in ihrem eigenen Aufgabenkreis, nämlich der Funktion einer kulturellen Elite, zu halten.[121] Seine abwehrende Haltung gegenüber dem Klerus ist auch im Zusammenhang mit seiner Haltung zur Frauenpolitik zu sehen: Seiner Ansicht nach war die von ihm erwünschte technisch-ökonomische Reform gar nicht ohne das Mitwirken der Frauen möglich.[122] Die Emanzipation der Frauen war zum Erreichen seines Zieles daher unabdingbar.[123] Im Gegensatz zu Zeiten *Amānullāhs* zeigte sich dieses Mal kaum Widerstand.[124] Das lag nicht zuletzt daran, dass er geschickter vorging als *Amānullāh Khān*.[125]

In den nächsten zwei Jahren wurde eine Reihe von Maßnahmen vorgenommen, um die Position der Frau zu stärken: In den Ministerien und staatlichen Organisationen wurden Arbeitsplätze für Frauen angeboten, Kindergärten wurden errichtet und Frauen wurden zum Studium zugelassen.[126] Wie auch zu Zeiten *Amānullāhs*, erreichte diese Reform nur eine Minderheit afghanischer Frauen, und

---

[118] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 263.
[119] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 396, Fn. 102.
[120] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 41.
[121] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 263.
[122] Siehe dazu *Knabe*, Frauenemanzipation in Afghanistan, S. 171.
[123] *Grevemeyer*, Afghanistan, S.264.
[124] Eine Ausnahme war ein kurzfristiger Aufruhr, den die Regierung unnachsichtig unterdrückte, *Grevemeyer*, vgl. Afghanistan, S. 264.
[125] Er testete zunächst die Reaktion der Konservativen, indem er ausstreuen ließ, Frauen hätten das Recht, in der Öffentlichkeit unverschleiert aufzutreten. Nach der Auswertung der Geheimberichte ließ er erklären, alle Frauen könnten in Afghanistan ohne Schleier in der Öffentlichkeit auftreten und würden unter dem Schutz der Regierung stehen, vgl. *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 264.
[126] *Grevemeyer,* Afghanistan, S. 264; siehe auch *Knabe*, Frauenemanzipation in Afghanistan, S. 166 ff.

zwar die „modernen“ Frauen der afghanischen Hauptstadt.[127] Nomadenfrauen, Frauen auf dem Lande und andere Frauen in der Hauptstadt haben wenig von diesen Regelungen profitiert[128]. Die Tradition bestimmte weiterhin ihr Leben.

Aufgrund der pro-sowjetischen Einstellung *Dāūd Khāns* und seiner Haltung in der Paschtunistanfrage[129] wurde er sowohl seitens der oppositionellen Kräfte als auch von der königlichen Familie kritisiert.[130] Im Königshaus hatte sich der Ruf nach einer konstitutionellen Monarchie durchgesetzt.[131] *Dāūd* war zwar nach der wachsenden Kritik an seinem Regierungskurs zum Einlenken bereit, er konnte jedoch den König nicht überzeugen und musste schließlich auf die Forderungen *Zahir Schāhs* eingehen, der am 9. Mai 1963 den Rücktritt des Ministerpräsidenten bekannt gab.[132]

X. Afghanistan unter *Zahir Schāh*

König *Zahir Schāh* war in seiner Regierungszeit um Reformen bemüht. Zentrales Anliegen war die Verabschiedung einer neuen Verfassung, die eine demokratische Öffnung auf der Grundlage einer konstitutionellen Monarchie bringen sollte.[133] Auf dieser Basis erließ die Regierung neue Gesetze, um den Rahmen für gesellschaftlichen Fortschritt zu schaffen. Erstmalig in der afghanischen Geschichte wurde aus normativer Sicht mit dem Gerichtsverfassungsgesetz von 1967 ein einheitliches Justizsystem geschaffen, das dem säkularen Recht Priorität gewährte.[134]

Ferner beabsichtigte er, durch langsame und bedachte Reformen, die Situation der Frauen zu verbessern. Er setzte beispielsweise durch, dass Frauen höchste Regierungsämter innehatten.[135] Im Jahre 1965 bekamen Frauen in Afghanistan

[127] So auch *Knabe*, Frauenemanzipation in Afghanistan, S. 168.
[128] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 265.
[129] Afghanistan hatte im Jahre 1893 mit dem Durand-Vertrag einen Teil des von Paschtunen bewohnten Gebiets an Britisch-Indien abgegeben. Die Entstehung des Staates Pakistan 1947 und die Integration dieser Gebiete in diesen neuen Staaten hatten zur Folge, dass einige Stimmen einen Anschluss dieser als „Paschtunistan“ bezeichneten Region an Afghanistan verlangten. Diese Haltung wurde von *Dāūd* gefördert. Siehe dazu *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 310 f.
[130] Zudem herrschte Stagnation und Unzufriedenheit über die wirtschaftliche Situation im ganzen Land, vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 29.
[131] *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 87.
[132] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 45.
[133] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 18.
[134] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 209.
[135] *Kobra Nurzai* erhielt im Kabinett *Maiwandwal* (2.11.1965 – 12.10.1967) den Posten der Gesundheitsministerin und behielt ihn auch im Kabinett `*Etemadi* (15.10.1967 – 2.12.1969). *Poya*, Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan, ORIENT 2003, S. 367 (381).

zum ersten Mal das aktive und passive Wahlrecht.[136] Nach wie vor profitierte nur eine gewisse, in der Stadt lebende, Schicht von Frauen von dieser Politik.[137] Grundsätzlich entfremdete sich die gebildete städtische Mittelschicht immehr mehr von der restlichen Bevölkerung. *Majrooh* beschreibt dies wie folgt:

> *He was neither a complete Westerner nor a genuine Easterner. He became a stranger: stranger to his own society and still worse, stranger to himself…Thus the modern educated man was separated from the common people physically by his manners and Western clothes and morally by his value judgement and Western outlook; with the difference that the villager who preserved his identity was a human being well integrated in his community, while the educated man had lost his own cultural and social substance.*[138]

Die Reformprogramme der Regierung hatten bei dem afghanischen Volk große Hoffnungen geweckt, die jedoch nie erfüllt wurden.[139] Folge dieser Situation waren Unruhen, die von verschiedenen Teilen der Bevölkerung ausgingen. Während sich die Geistlichen mit der Politik der Herrschenden weitgehend zufrieden gegeben hatten und der Islam nicht mehr im Mittelpunkt der Diskussion stand, änderte sich die Situation, als sich die wirtschaftlichen Bedingungen unter der konstitutionellen Monarchie nicht verbesserten. Das führte zu einer gewissen Radikalisierung der politischen Debatte.[140] Schließlich hatte die Dürreperiode von 1969 bis 1972 eine Verschlechterung der ökonomischen Situation des Landes zur Folge.[141] *Zahir Schāh* und die Regierung gerieten wegen ihres mangelhaften Katastrophenmanagements unter Beschuss.[142] Am 17. Juli 1973 putschte *Mohammd Dāūd* mit Hilfe der *parchamīs*[143] und einigen Offizieren *Zahir Schāhs*.[144]

---

[136] *Poya*, Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan, ORIENT 2003, Heft 3, S. 367 (381); *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 19.

[137] Das Stadt-Land Gefälle betraf das Leben der Afghanen auch in vielen anderen Bereichen. So konzentrierten sich die Regierungsbildungen auf das Kabuler Establishment. Afghanen ländlicher Herkunft war es kaum möglich, in hohe Staatsämter zu gelangen. Kabul hatte sich zu einer modernen Stadt Asiens entwickelt, während die ländlichen Gebiete von der „Modernisierungswelle" nicht profitierten, *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 89.

[138] *Majrooh*, 1987 S. 133, zitiert nach *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 217.

[139] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 20 f.

[140] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 213.

[141] Nach Schätzungen sind ihr 100000 Menschen zum Opfer gefallen, *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 87.

[142] Siehe zu den weiteren Gründen für das Scheitern des Königs *Gerber,* Die neue Verfassung Afghanistans, S. 38 f.

[143] Die *parchami* Partei war eine kommunistische Partei, deren Mitglieder sich größtenteils aus dem traditionellen Kabuler Establishment zusammensetzten.

[144] *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 92.

XI. Die Regierung *Mohammad Dāūds*

Als neuer und damit erster Präsident Afghanistans erklärte *Dāūd* Afghanistan zur Republik. Der Bevölkerung erklärte er, er wolle die afghanische Regierung zurück zu den grundlegenden Prinzipien des Islam führen und das Land vor einem ökonomischen Desaster retten.[145] In seiner im Jahre 1977 erlassenen Verfassung fügte er jedoch das Konzept des Sozialismus zu den Bestimmungen des Islam hinzu.[146] Die Stämme wurden von jeglichem Einfluss auf die Zentralregierung ausgeschlossen. Beispielsweise gehörten der diese Verfassung bestätigenden *loya jirga* nicht mehr Stammesführer an, sondern Befürworter der Regierung.[147] Die geistliche Opposition wurde durch massive Repressionen zum Schweigen gebracht.[148]

Mit der Verabschiedung des Strafgesetzbuches von 1976 und dem Zivilgesetzbuch war ein weiterer Schritt in Richtung einer Säkularisierung Afghanistans getan.[149] Insbesondere von der reform-orientierten und gebildeten städtischen Mittelschicht wurden *Dāūds* Ideen zunächst unterstützt.[150] Seine liberale Politik bezüglich der Frauenrechte führte er auch in seiner Amtszeit als Präsident der Republik Afghanistans fort.

Allerdings erwies sich *Dāūds* Führungsstil in der Praxis als autoritär und repressiv.[151] So war die traditionelle und islamistische Elite Verhaftungs- und Verfolgungswellen ausgesetzt.[152] Ferner hob er die Pressefreiheit auf. Auch die Gewaltenteilung schränkte er ein, indem er sowohl das Parlament als auch die Justiz auflöste.[153] Seine Macht basierte lediglich auf der Unterstützung des Militärs. Insgesamt hat *Dāūd* in seiner Amtszeit weder in wirtschaftlicher, noch in sozialer Hinsicht die von ihm propagierten Ziele erreicht. Folglich kam es am 17. April 1978 durch einen Armeeputsch zum blutigen Umsturz der Regierung.[154] Der Präsident wurde samt seiner Familie ermordet.[155]

---

[145] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 220.
[146] Siehe dazu unten Kapitel 1 B. IV.
[147] Dazu *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 222.
[148] Vgl. *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 227 u. 244.
[149] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 221.
[150] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 221.
[151] Diese Haltung spiegelte sich auch in der Kabinettsbildung wieder: *Dāūd* übernahm die Posten des Präsidenten, Premierministers, Außenministers und Verteidigungsminister,. *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 92 f..
[152] *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 93.
[153] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 53.
[154] *Grevemeyer,* Afghanistan, S. 195.
[155] *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 146; *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (270).

XII. Afghanistan unter kommunistischer Herrschaft

Nach dem Putsch wurde ein Revolutionsrat unter *Noor Mohammad Taraki* eingesetzt und Afganistan zur Demokratischen Republik erklärt. *Taraki* hatte das Amt des Parteiführers, Premierministers und Präsidenten inne. An der Spitze stand die linksorientierte Demokratische Volkspartei Afghanistans (DVPA). Ziel dieser Regierung war es, die feudalen Verhältnisse und die nach ihrer Vorstellung ungerechten Gesellschaftsstrukturen abzuschaffen[156], eine unabhängige Wirtschaft aufzubauen, sowie die Verbesserung der Lebensverhältnisse zu erreichen. Auch unter der kommunistischen Regierung wurde die besondere Rolle des Islam deutlich, denn offiziell verneinten die Mitglieder der DVPA ihre Zugehörigkeit zum Kommunismus und erklärten, dass sie gläubige Muslime und Beschützer des wahren Islams seien.[157]

Die DVPA wurde bereits im Jahre 1965 mit den beiden Flügeln „*Parcham*" und „*Khalq*" gegründet.[158] Diese beiden Flügel lieferten sich zusätzlich starke, interne Machtkämpfe, welche letztendlich die „*Khalq*" für sich entscheiden konnte.

Im folgenden Jahrzehnt war Afghanistan der Herrschaft diverser kommunistischer Regierungen ausgesetzt. Im September 1979 putschte *Amin* und wurde Präsident. Infolge von Verhaftungen und Exekutionen verlor das kommunistische Regime an Anhängerschaft. Dies gab der sowjetischen Regierung einen guten Anlass, um mit ihrer Armee in Afghanistan einzumarschieren. Sie setzte eine neue Regierung ein, an dessen Spitze *Babrak Kārmal* stand. Schlüsselpositionen waren jedoch von sowjetischen Ratgebern besetzt.[159] 1986 wurde *Kārmal* durch *Najibullāh* ersetzt.

Die Revolutionspartei setzte sich für ein neues Frauenbild ein,[160] indem sie nach dem Vorbild der „*sozialistischen Frau*" die freie Partnerwahl, Abschaffung des Brautpreises, Schulpflicht für Mädchen und das Heiratsverbot für Minderjährige anordnete. Zudem galt die Frau als gleichberechtigter Vertragspartner und konnte im Falle einer Scheidung Unterhaltszahlungen fordern. Ferner wurde das „*Dekret Nr. 7*" („*Farmān-e haftom*") zum Zwecke der Emanzipation der afghanischen

[156] Das „Herzstück" der Reformen war die Agrarreform. Ihr Ziel war es, Dorfälteste und traditionelle Führer zu entmachten. Für jede Familie wurde eine Obergrenze des Landbesitzes festgelegt. Jeden Grundbesitz, der über sechs Hektar hinausging, eignete sich der Staat ohne Entschädigung an. *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 118 ff.; näher zu den Gründen des Scheiterns der Agrarreform siehe *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 68.

[157] Siehe zur islamischen Strategie der Demokratischen Volkspartei Afghanistans *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 257.

[158] *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 90 f.

[159] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 45.

[160] *Poya*, Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan , ORIENT 2003, S. 367 (381).

Frauen erlassen.[161] Darin wurde wiederholt betont, dass die Hochzeit eine ausschließliche Angelegenheit von Braut und Bräutigam sei.[162]

Das kommunistische Regime konnte seine Reformen in allen Bereichen nur mangelhaft umsetzen.[163] Es konzentrierte sich insbesondere auf Kabul und einige andere Städte, so dass die Regierung in der Landbevölkerung über keinerlei Anhänger verfügte.[164] Hinzu kam, dass die Reformen der Revolutionspartei nicht den Verhaltensnormen der afghanischen Gesellschaft, insbesondere denen der ländlichen Bevölkerung, entsprachen und von der Bevölkerung als aufgezwungen empfunden wurden. Ferner setzten sie sich über traditionelle Werte der afghanischen Gesellschaft, wie das Alkoholverbot, hinweg.[165]

Bei der afghanischen Gesellschaft handelt es sich um eine tief religiöse Gesellschaft. Durch den kommunistischen Regierungsstil hat sie sich in all ihren Lebensbereichen ihrer Rechte, Religion und Traditionen beraubt gefühlt. Aber auch die grausame Unterdrückung und Vernichtung der Opposition führte zu Hass gegenüber der Regierung. Der unterdrückte Widerstand führte zu einer Spirale von Gewalt und Gegengewalt.[166] Die Reformbemühungen scheiterten aber insbesondere auch daran, dass ihre Durchsetzung mit extremer Brutalität versucht wurde.[167] Dieser Gewaltherrschaft fielen allein bis zum Einmarsch der sowjetischen Truppen im Dezember 1979 zwischen 50.000 und 100.000 Menschen zum Opfer.[168] Dies führte zu einer erneuten Stärkung der Geistlichkeit in den oppositionellen Kreisen. Die Geistlichen wandelten sich von religiösen zu politischen Führern und nahmen entscheidenden Einfluss auf den Widerstand.[169] Darüber hinaus stellten sich insbesondere Stammesführer und Nationalisten gegen die kommunistische Regierung.

Mit dem Einmarsch der sowjetischen Truppen verstärkte und organisierte sich der Widerstand. Der Islam wurde zum gemeinsamen Nenner all dieser Gruppierungen,[170] so dass sich in Folge dieser Ereignisse das Phänomen des Islamismus in

---

[161] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 67.

[162] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 273.

[163] *Rasuly,* Die politischen Eliten Afghanistans, S. 67; vgl. auch *Schneider,* Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, s. 138 (177).

[164] *Hippler,* Afghanistan, in: Jahrbuch der Dritten Welt 1998, S. 165 (168 f.).

[165] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 71.

[166] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 257.

[167] *Walter,* Die Verfassung der Islamischen Republik Afghanistan (2004), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 2010, S. 713 (721).

[168] *Schetter,* Ethnizität in Afghanistan, S. 368.

[169] *Grevemeyer*, Afghanistan, S. 276.

[170] In Peshawar bildeten sich sieben wichtige sunnitische Parteien, die alle beanspruchten für den Islam in Afghanistan zu kämpfen; dazu zählen folgende Parteien: Hizb-i Islami (geführt von *Gulbuddin Hikmatyar*), die Hizb-i Islami (geführt von *Mawlawi Mohammad Younus Khales*), die Jami`at-i Islami, geführt von Professor *Burhanuddin Rabbani*, die Harakat-i Inqilab-i Islami

Afghanistan verbreitete. Die Widerstandsgruppierungen erklärten den *ǧihād*[171] gegen die Regierung sowie gegen die sowjetischen Besatzer. Der Bürgerkrieg entwickelte sich zu einem zehnjährigen Stellvertreterkrieg zwischen sowjetischer Besatzungsmacht und den von den USA, Saudi-Arabien und Pakistan unterstützten Mudschaheddin.[172] Diesem fielen zum einen unzählige Zivilisten zum Opfer und zum anderen löste er eine der weltweiten größten Flüchtlingsbewegungen seit dem Zweiten Weltkrieg aus.[173]

XIII. Die Mudschaheddin

Im Jahre 1992 stürzten die Mudschaheddin Präsident *Najibullāh* und riefen die Islamische Republik, unter der Präsidentschaft von *Rabbāni*, aus. Nach dem Zusammenbruch der marxistischen Regierung wurde die *šarī`a* zur Grundlage des „neuen" Afghanistans erklärt.[174] Allerdings konnte die Bevölkerung auch nach dem Sturz der kommunistischen Regierung nicht aufatmen, da sich nunmehr rivalisierende Mudschaheddin-Grupen untereinander bekämpften. Machtpolitische Interessen übertrafen ethnische, konfessionelle oder ideologische Gesichtspunkte.[175] Es entbrannte ein weiterer Bürgerkrieg, der bis 1995 andauerte und dem zahlreiche Zivilisten zum Opfer fielen.

Die Herrschaft der Mudschaheddin brachte einen enormen Rückschritt für Frauen mit sich. Sie sprachen sich zugleich gegen eine Schulpflicht für Mädchen aus und es wurde eine Kopftuchpflicht angeordnet. Zudem wurde ihnen verboten im Bereich des Fernsehens und Rundfunks zu arbeiten. Mithin wurden Frauen weitestgehend aus dem öffentlichen Leben verbannt. Legitimiert wurde diese Maßnahme, wie auch die weit restriktiveren geschlechterpolitischen Reglementie-

---

(geführt von *Mawlawi Mohammad Nabi Mohammadi*), die Jabha-i Nejat-i Melli (geführt von Prof. *Sebghatullah Mujaddidi*), die Mahaz-i Melli Islami (geführt von *Pir Sayyid Ahmad Gailani*) und die Ittehad-i Islami (geführt von Azadi-ye Afghanistan (geführt von *Abdul Rasul Sayyaf*). Allerdings vertraten die einzelnen Gruppierungen keine einheitliche Islamauffassung. Ihre Ansichten wurden von den verschiedenen politisch motivierten Bewegungen in der islamsichen Welt geprägt, *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (271).

[171] Zwar wird überwiegend die Bezeichnung *ǧihad* mit Krieg verbunden, seine Bedeutung geht nicht ausschließlich in dieser Kriegsförmigkeit auf, siehe dazu *Lohlker,* Islamisches Völkerrecht, S. 23 ff.; selbst die höchste Kommission von den islamischen Rechtsgelehrten der Azhar-Universität in Kairo definierte in seiner generellen Stellungnahme den *ǧihad* als „Vaterlandsverteidigung", *Rohe,* Das islamische Recht, S. 259.

[172] *Wardak*, Building a Post-War Justice Systein Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), The Shari`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 61 (63).

[173] Zu den Statistiken siehe *Schetter,* Ethnizität in Afghanistan, S. 380.

[174] *Wardak*, Building a Post-War Justice System in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 61 (68).

[175] *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (272).

rungen, unter Berufung auf den Islam.[176] Zudem kam es zu Vergewaltigungen und Plünderungen.[177] Nicht zuletzt in Anbetracht der in dieser Zeit begangenen Verbrechen verspielten die Mudschaheddin schnell ihren Ruf als heilige Krieger.[178]

XIV. Die Herrschaft der Taliban

Durch die Misere des Bürgerkrieges konnte im Jahre 1994 die von *Mullāh Umar* geführte Taliban-Bewegung - mit massiver Unterstützung Pakistans und den USA[179] - ihren Einfluss erweitern und schließlich Kabul 1996 ihrer Herrschaft unterwerfen. Bei den Taliban handelte es sich ursprünglich um eine Glaubensgemeinschaft afghanischer Flüchtlingsstudenten aus religiösen Schulen in Pakistan.[180] „Talib" bedeutet in wörtlicher Übersetzung Student.[181] Im Jahre 1997 erklärten sie Afghanistan zum „Islamischen Emirat Afghanistan".[182] Die *šarī`a* galt dabei als einzige Rechtsquelle.[183] Alle Rechtsstreitigkeiten sollten von *šarī`a*-Gerichten entschieden werden.[184]

Dieses theokratische Regime verfolgte eine sehr restriktive Auslegung der *šarī`a* und war deobandisch[185] beeinflusst.[186] Die deobandistische Bewegung hat sich in der islamischen Hochschule in Deoband (Dar ul-`Ulm Deoband) formiert und verfolgt eine strenge Auslegung des hanafitisch-sunnitischen Islam und strebt die Rückkehr zu dessen „Wurzeln" an.[187] Allerdings haben die meisten Taliban

---

[176] *Kreile,* Scharia oder Paschtunwali?, Streit 4 (2002), S. 152.

[177] Siehe dazu Amnesty International Journal 1995, Menschenrechte in Trümmern, im Internet aufrufbar unter http://www.amnesty.de/umleitung/1995/deu05/001?lang=de%26mimetype%3dtext%2fhtml, zuletzt aufgerufen am 16. Juni 2010.

[178] Vgl. *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (273).

[179] Vgl. *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (273).

[180] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (17).

[181] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (17).

[182] *Mayer*, Islam and Human Rights, S. 44.

[183] *Ewans*, Afghanistan, S. 205.

[184] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (18).

[185] Diese Lehre geht von der islamischen Hochschule in Deoband (Dar ul-`Ulm Deoband) aus und hat sich zu einer Bewegung formiert

[186] *Schneider,* The Position of Women in the Islamic and Afghan Judiciary, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 83; *Wardak*, Building a Post-War Justice System in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 61 (68); *Mayer*, Islam and Human Rights, S. 44; vgl. auch *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (273).

[187] *Mayer*, Islam and Human Rights, S. 44.

lediglich die Koranschule besucht und verfügen folglich nur über fragmentarische Korankenntnisse.[188]

Sie versprachen der afghanischen Bevölkerung nach den Zuständen der Anarchie für Sicherheit zu sorgen. Doch ihre Restriktionen gingen viel weiter als alle bisherigen Regierungen in Afghanistan.[189] Sie verboten im Namen des Islam Musik, Fernsehen und Sport und schlossen zugleich zahlreiche Schulen und Universitäten. Allen Frauen im Lande wurde vorgeschrieben die „Burka“[190] zu tragen.[191] Frauen durften keinerlei Berufe ausüben, außer im Gesundheitswesen, und das unter eingeschränkten Bedingungen.[192] Zudem durfte keine Frau ohne Begleitung eines Mannes das Haus verlassen.[193] Diese drastischen Einschränkungen hatten dramatische Folgen für diejenigen Frauen, die keinen Mann in ihrer Familie hatten. Die Missachtung dieser Vorschriften hatte drakonische Strafen zur Folge. Für die ländlichen Gebiete änderte sich allerdings wenig, da zum einen die Menschen hier ohnehin weitgehend konservativ sind und zudem die Präsenz der Taliban auf dem Land zu dünn war, um rigide staatliche Kontrollmechanismen entstehen zu lassen.[194]

Nach dem Sturz der Taliban im Dezember 2001 marschierten die Truppen der Nordallianz in Kabul ein.[195]

XV. Zusammenfassung und Stellungnahme

Die wechselvolle afghanische Geschichte ist gekennzeichnet durch das Festhalten an Tradition und Religion auf der einen Seite und den Bestrebungen nach Modernisierung auf der anderen Seite. Vor allem im Hinblick auf die städtische Elite hat sich auch die Stellung der Frau immer zwischen diesen Polen bewegt.

„Modernisierungsmaßnahmen“ waren ständigen Spannungen mit den traditionell-religiösen Kräften ausgesetzt. Da wo eine Modernisierung in radikaler Form betrieben wurde, führte dies zu einem Erstarken der Geistlichkeit. Deutlich wurde dies am Beispiel der frauenfreundlichen Politik unter König *Amānullāh* in den 20er

---

188 *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (273).

189 Zu dem Talibanregim und seiner Menschenrechtsverletzungen siehe *Rashid*, Taliban: Militant Islam, Oil and Fundamentalism in Central Asia.

190 Hierbei handelt es sich um einen Ganzkörperschleier.

191 Zu den Restriktionen der Taliban siehe die Anhänge bei *Ross*, Women`s Human Rights, S. 47 ff; *Mayer*, Islam and Human Rights, S. 141.

192 *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (18).

193 Frauen durften nur noch in Begleitung eines *mahrams* ihr Haus verlassen. Dazu gehören männliche Verwandte, die unter das Inzest-Tabu, fallen und der Ehemann.

194 *Nölle-Karimi*, Die paschtunische Stammesversammlung im Spiegel der Geschichte, in: Kemper/Reinkowski, Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 177 (192).

195 *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (274); zur politischen „Neuordnung“ nach dem Sturz der Taliban siehe Kapitel 3 A.

Jahren, die schließlich zu dem Ende seiner Herrschaft führte. Seine Reformbemühungen, vor allem die Abschaffung des Verschleierungszwanges, waren zu drastisch für die damaligen Verhältnisse Afghanistans. Große Teile der afghanischen Bevölkerung empfand sie als ein solch einschneidendes Ereignis, dass an ihnen die Politik aller folgenden Herrscher bis in die Gegenwart gemessen wird.[196]

Zahir Schāh verfolgte eine Politik der langsamen Modernisierung. Er versuchte die Fehler, die *Amānullāh Khān* begangen hatte, zu vermeiden. Wiederum stärker ging *Dāūd Khān* vor, der die Macht der Geistlichen auf die kulturelle Ebene reduzierte und den Frauen mehr Rechte gab. Mit radikalen Forderungen bezüglich der Loslösung von Religion und Tradition ist auch die kommunistische Herrschaft auf Ablehnung bei der Bevölkerung gestoßen. Sie sah über jegliche traditionellen und religiösen Werte der afghanischen Bevölkerung hinweg. Mit der Machtergreifung der Mudschaheddin wurde das kommunistische Regime abgelöst. Das Land befand sich in einem Zustand der Anarchie, in dem Vergewaltigungen und Plünderungen an der Tagesordnung standen. Den Frauen wurde wieder das Tragen des Schleiers auferlegt und viele Mädchenschulen wurden geschlossen. Nicht zuletzt aufgrund dieser Verhältnisse während der Mudschaheddin-Herrschaft hatte die afghanische Bevölkerung viel Hoffnung in das Taliban-Regime gesetzt. Zwar hörten die Plünderungen und Vergewaltigungen unter ihrer Herrschaft weitestgehend auf, dafür wurden Frauen aus dem öffentlichen Leben verbannt.

Die afghanische Geschichte zeigt, dass kein Herrscher ohne die Berücksichtigung des Islam in seiner Staatsauffassung und zu seiner Legitimation regieren konnte. So kam es immer dann zu Protesten, wenn eine Gefahr für die Verletzung der Regeln des Islam befürchtet wurde. Seit Beginn der politischen Konflikte um die kommunistische Regierung im Jahre 1978 und der Ausbreitung des Widerstandes gegen die sowjetischen Besatzungstruppen hat der Islam innerhalb der afghanischen Gesellschaft noch an Bedeutung gewonnen.[197] Daher haben Gegner dieser „Modernisierungsversuche“ die Religion als Mobilisierungsmittel gegen „Reformisten“ benutzt.[198] Königin *Sorayā*, die Ehefrau von *Amānullāh*, war die erste afghanische Frau, die öffentlich ihren Schleier ablegte. Später setzte sich *Dāūd Khān* für das Ablegen des Schleiers ein, das vom kommunistischen Regime fortgesetzt wurde. Gerade die damit verbundene „Verwestlichung“ schürte immer wieder neue Angst in der traditionellen afghanischen Gesellschaft. Der Streit um die Bekleidungsregeln wurde vielfach als von oben aufgezwungen empfunden. Die Verschleierung der Frau wurde so zu einem mächtigen Symbol, das die urbane

[196] *Schetter,* Ethnizität in Afghanistan, S. 243.
[197] *Poya*, Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan, in: Orient 2003, S. 367 (374).
[198] Vgl. auch *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 205.

und die ländliche Bevölkerung tiefgehend spaltete. Gesellschaftliche Veränderungen müssen aus ihrer Mitte erfolgen und nicht aufoktroyiert werden.

B. Die Stellung der Frau in der Verfassungsgeschichte

Spiegelbildlich zu der wechselhaften Geschichte Afghanistans hat das Land seit dem Beginn der Konstitutionalisierung zahlreiche Verfassungen gehabt. Die erste Verfassung entstammt aus dem Jahre 1923. Es folgten die Verfassungen von 1931, 1964, 1977, 1987 und 1990. Diese sollen im Folgenden im Hinblick auf die Rechte der Frau untersucht werden. Da es sich bei der afghanischen Gesellschaft um eine religiöse und traditionelle Gesellschaft handelt, wurde dieser Faktor stets zu einer Herausforderung für die jeweilige Verfassung.[199] In diesem Zusammenhang soll daher auch geklärt werden, welche Rolle der Islam gespielt hat und welche Haltung der Verfassungsgeber zum Spannungsverhältnis zwischen Islam und der modernen Emanzipation eingenommen hat.

I. Die erste Verfassung Afghanistans unter König *Amānullāh* (1923)

Die erste afghanische Verfassung (*Nizāmnāmah-e*[200] *asāsī-ye daulat-e āliyah-e afghānistan*)[201] wurde im Jahre 1923 unter König *Amānullāh* im Rahmen einer großen Ratsversammlung, der *loya jirga*[202], verabschiedet.[203] Die Verfassung wurde von einer Verfassungskommission erarbeitet, in der sowohl ausländische Juristen als auch Vertreter der modernistischen Elite Afghanistans mitwirkten. Vorbild war die Verfassung der türkischen Republik und die iranische Verfassung von 1906.[204] Sie war für die afghanischen Verhältnisse ein revolutionärer und historischer Akt.[205] Modernisierung und Reformierung waren die grundlegenden Ziele dieser Verfassung,[206] so dass sie ganz im Sinne *Amānullāhs* liberal und westlich ausgerichtet war. Erstmalig schuf sie eine säkulare rechtliche Basis für das Land[207] und

---

[199] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5; *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 1 ff.

[200] Die Terminologie „*Nizāmnāmah*“ übersetzt *Kamali* mit “*a code of written regulations*“, das den Vorrang der Regelungen der *šarī`a* implizieren würde, siehe *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 36.

[201] Die englische Version der Verfassung von 1923 ist bei *Moltmann,* Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 65 ff. abgedruckt.

[202] Auch wenn die Institution der *loya jirga* in der Verfassung nicht erwähnt wurde, hatte sie eine wichtige de facto Funktion, um der Stammesstruktur der afghanischen Gesellschaft gerecht zu werden, *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 126.

[203] *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 21:

[204] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 203; *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 20.

[205] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 28.

[206] Vgl. *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 20.

[207] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 27.

enthielt Bürgerrechte wie in den Verfassungen westlicher Staaten.[208] Auch die Rechtsform des Gesetzes[209] wurde ausdrücklich anerkannt.[210] Dabei wurden die eigenen gesellschaftlichen Verhältnisse außer Acht gelassen und ein importiertes Modell übernommen.[211] Obwohl nicht ausdrücklich in der Verfassung erwähnt, strebte *Amānullāh* nach einer konstitutionellen Monarchie.[212]
Der von König *Amānullāh* propagierte Gleichberechtigungsgedanke war insbesondere in Art. 16 enthalten:

> *All subjects of Afghanistan have equal rights and duties to the country in accordance with Shari`a and the laws of the State.*

Eine Definition dessen, welche Rechtsquellen der Begriff der *šarī`a* erfasst, enthielt die Verfassung nicht. Daher ließ sie den Anwendern viel Interpretationsspielraum offen.[213] Bedenkt man jedoch, dass auch im Westen die Geschichte der Menschenrechte lange eine Geschichte der Rechte der Männer war,[214] ist die erste afghanische Verfassung als fortschrittlich hinsichtlich des Gleichberechtigungsgedankens zu bezeichnen.

Bezüglich der Beachtung des islamischen Rechts waren weiterhin insbesondere Art. 2 und Art. 21 von Bedeutung. Art. 2 erklärte den Islam zur Staatsreligion. Nach Art. 21 der Verfassung sollten alle Rechtsstreitigkeiten nach den Regelungen der *šarī`a* entschieden werden. Die islamrechtlich relevanten Regelungen wurden hauptsächlich konstituiert, um die *ʿulamāʾ* ruhig zu halten.[215] Dennoch waren religiöse Kräfte mit der Ausgestaltung der Verfassung nicht zufrieden, da sie nicht die hanafitische Rechtsschule zur vorherrschenden Rechtsschule Afghanistan

---

[208] Siehe zum Beispiel Art. 8-14, Art. Art.- 16, Art. 17, Art. 19, Art. 20, Art. 24; *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 28.
[209] Gesetzgebende Organe sind nach der Verfassungsordnung der König, der Ministerrat und der Staatsrat. Die *loya jirga* ist zwar in der Verfassung nicht erwähnt. Nach Inkrafttreten der Verfassung hat der König sie jedoch einberufen. Durch ihren Einfluss auf die Gesetzgebung kann sie daher ebenfalls als gesetzgebender Faktor angesehen werden. Näheres dazu *Moltmann*, S. 29.
[210] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 26.
[211] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 218; *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2005, S. 373 (394); *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 161.
[212] So *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 28.
[213] Siehe auch *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 27; vgl. *Poya*, Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan, ORIENT 2003, S. 367 (369), der gerade diese Auslegungsmöglichkeit als „Merkmal einer gelungenen Verfassung" sieht.
[214] Beispielsweise verstanden die amerikanischen und französischen Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts die Begriffe der „*rights of men*" bzw. der „*droits de l`homme*" durchaus geschlechtsspezifisch, *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, S. 403.
[215] *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 121; siehe zu weitergehenden Forderungen der Ulemas in der zweiten *loya jirga* im Jahre 1924 *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 42 ff.

erklärten, so dass im Januar 1925 erneut eine *loya jirga* abgehalten wurde, um einige umstrittene Verfassungsartikel zu diskutieren.[216] Der Zwiespalt zwischen *Amānullāhs* Reformwillen und der Bezichtigung der unislamischen Gesetzgebung durch Religionsgelehrte setzte sich fort. Dabei basierte seine Gesetzgebung auf islamischen Quellen.[217] Beispielsweise wurde das Strafgesetzbuch von 1927 auf der Grundlage der Prinzipien der hanafitischen Rechtsschule kodifiziert.[218] Grund für diese Vorwürfe war jedoch in erster Linie, dass sich das religiöse Establishment in seiner Stellung als Interpreten des islamischen Rechts durch die zunehmende Kodifizierung bedroht fühlte.[219]

II. Die Verfassung *Nader Schāhs* (1931)

Nachdem sich *Nader Schāh* durch die *loya jirga* als König legitimiert hatte, bewilligte er die Wahl eines Nationalrates (*Shūrāye Melli*).[220] Dieser Rat erließ im Juli 1931 eine neue Verfassung (*Ūsūlnāme-e asāsi*),[221] die bis 1964 in Kraft blieb.[222] Die Staatsform war zwar nicht ausdrücklich geregelt, deutet aber auch auf eine konstitutionelle Monarchie hin.[223]

In inhaltlicher Sicht wurde sie von der iranischen, französischen sowie der türkischen Verfassung beeinflusst, beinhaltete aber auch Elemente der Verfassung von 1923.[224] Sie war jedoch ganz im Sinne der Politik *Nader Schāhs* konservativer als ihre Vorgängerin.[225] Der Islam spielte nunmehr eine wichtigere Rolle. In Folge der Spannungen um die Verfassung von 1923 wurde nunmehr die hanafitisch-

---

[216] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (6 f.).
[217] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (7).
[218] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (7).
[219] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (7).
[220] *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 55.
[221] Die englische Version der dieser Verfassung ist bei *Moltmann,* Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 87 ff. abgedruckt; den Begriff der „*Ūsūlnāma*" bezeichnet *Kamali* als "*a code of principles*" und würde wie in der Verfassung von 1923 den Vorrang der Scharia implizieren. *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 36.
[222] *Rasuly*, Die politischen Eliten Afghanistans, S. 33.
[223] So *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 31.
[224] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 30; *Olesen*, Islam and Politics in Afghanistan, S. 176; *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 56.
[225] Vgl. *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 20; siehe zum Vergleich der ersten und zweiten Verfassung Afghanistans *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 66; *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (275).

sunnitische Ausrichtung des Islam zur Staatsreligion erklärt.[226] Zwar wurden die bürgerlichen Rechte (Art. 9-26) aus der Verfassung von 1923 übernommen, jedoch in den meisten Fällen ausdrücklich durch einen Islamvorbehalt eingeschränkt.[227] Der Gleichheitssatz war in Art. 13 konstituiert:

> *All Afghan subjects have equal rights and duties under the Shariat law and the law of the State.*

Im Vergleich zu Art. 16 der amanullahschen Verfassung war diese Vorschrift enger konzipiert: Während Art. 16 AfgVerf 1923 gleiche Rechte und Pflichten im Land in Übereinstimmung mit der *šarī`a* verlangte, bestimmt Art. 13, dass die afghanischen Bürger gleiche Rechte und Pflichten vor den Regelungen der *šarī`a* und den Gesetzen des Staates hatten. In normativer Hinsicht hätte dies zur Folge, dass die *šarī`a* und die Gesetze des Staates als unmittelbare Rechtsquelle für die Rechte und Pflichten der Bürger galten. Im Übrigen wurde der Schutzbereich der Grundrechte nicht nach Geschlechtern differenziert.[228]

Die Verfassung blieb weitgehend unangewendet. Insbesondere nach dem Tod *Nader Schāhs* im Jahre 1933 kümmerte man sich nicht mehr um sie.[229] Die Herrschaft unter ihr blieb autoritär.[230]

III. Die konstitutionelle Verfassung unter dem König *Zahir Schāh* (1964)

König *Zahir Schāh* hatte Anfang September 1964 die *loya jirga* nach Kabul einberufen. Nach mehrtägiger Beratung nahm sie die Verfassung (*Qānūn-e asāsī*)[231], die von einer Verfassungskommission erarbeitet worden war, mit einigen

---

[226] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (8); vgl. auch *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (275).

[227] Nach Art. 10 genießen die afghanischen Bürger alle Rechte, die ihnen von der *šarī`a* gewährt werden. In Art. 11 S. 2 wird festgehalten, dass niemand ohne einen Befehl, der in Übereinstimmung mit der *šarī`a* und den Gesetzen des Staates steht, bestraft oder inhaftiert werden darf. Eine Enteignung ist nach Art. 15 S. 2 in Übereinstimmung mit den Regelungen der *šarī`a* und der speziellen gesetzlichen Vorschriften zu regeln. Ein Eingriff in die die Unverletzlichkeit der Wohnung darf auch nur in Übereinstimmung mit den Regelungen der *šarī`a* oder mit den entsprechenden Gesetzen vorgenommen werden (Art. 16 S. 2). Nach Art. 19 S. 2 darf keine Strafe verhängt werden, die weder gesetzlich, noch von der *šarī`a* vorgesehen ist. Art. 22 und 23 bestimmten, dass Erziehung und Presse nicht gegen den Islam verstoßen dürfen.

[228] In den meisten Grundrechten wird die Formulierung "afghan subjects" verwendet. Art. 9 definiert diesen Begriff wie folgt: "All persons residing in the Kingdom of Afghanistan are called Afghan subjects without any distinction of creed and religion."

[229] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 32.

[230] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 32.

[231] Die englische Version der Verfassung ist bei *Moltmann,* Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 101 ff. abgedruckt; die nun verwendete Terminologie „*Qānūn*" bedeutet „Gesetz" und impliziert eine höhere Stellung als „*Niẓāmnāma*" oder „*Ūsūlnāma*", vgl. *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 36.

Ergänzungen an. Zu der 29-köpfigen beratenden Verfassungskommission von 1964 gehörten zwei Frauen. In der *loya jirga* waren vier weitere Frauen vertreten.[232] Am 1. Oktober 1964 wurde die Verfassung vom König verkündet. Erstmalig wurde in der afghanischen Geschichte eine Verfassung nicht infolge eines Regimewechsels erlassen, sondern in einer demokratischen Atmosphäre mit der Hoffnung auf Reformen im Land.[233] Dies wirkte sich auch auf den Verfassungsgebungsprozess aus, da erstmalig auch die Öffentlichkeit einbezogen wurde.[234] Sie schaffte den revolutionären Schritt zu einer modernen, freiheitlich-demokratischen und rechtsstaatlichen Grundordnung für Afghanistan.[235] Dabei bemühte sie sich, die afghanisch-islamische Tradition und die moderne Werteordnung des Westens zu vereinen.[236] Der Verfassungskommission gehörte auch ein französischer Berater an, so dass sie auch Elemente des französischen Rechts enthielt.[237]

Die Staatsform wird erstmalig ausdrücklich als konstitutionelle Monarchie bezeichnet.[238] Die Verfassung folgte dem Prinzip einer strikten Gewaltenteilung[239] und schuf zum ersten Mal in der afghanischen Geschichte ein repräsentatives Parlament.[240] Erstmalig wurde der Oberste Gerichtshof errichtet (Art. 9) und die Gerichtsbarkeit[241] von der Legislative und Exekutive für unabhängig erklärt (Art. 97).[242]

In ihren Art. 25-40 regelte sie die bürgerlichen Rechte und Pflichten. Eine Differenzierung des persönlichen Schutzbereichs nach Geschlechtern lag nicht

---

[232] *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 90.

[233] Vgl. *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (24); *ders.*, Law in Afghanistan, S. 10.

[234] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (9).

[235] Vgl. *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 111.

[236] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 33; *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 21.

[237] *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 18; *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (9).

[238] Artikel 1 AfgVerf 1964.

[239] In Art. 97 bestimmte die Verfassung, dass „die richterliche Gewalt ein Organ des Staates ist, deren Autorität unabhängig ist und die der legislativen und exekutiven Gewalt gleichgestellt ist".

[240] Vgl. *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 112; zur Gewaltenteilung in der Verfassung von 1964 siehe *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 ff.

[241] Siehe zur Gerichtsbarkeit in der Verfassung von 1964 *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 36 f.

[242] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (9).

vor.[243] Der allgemeine Gleichheitssatz stand gleich zu Anfang der Grundrechte in Art. 25:

> *The people of Afghanistan, without any discrimination of preference, have equal rights and obligations before the law.*

Der revolutionäre Akt dieser Bestimmung war darin zu sehen, dass die Gleichheitsrechte nicht jeweils im selben Artikel durch einen Islamvorbehalt eingeschränkt wurden. Dies brachte die demokratischen und rechtsstaatlichen Bestrebungen dieser Verfassung zum Ausdruck. Allerdings ist gerade aufgrund der Tatsache, dass diese Verfassung als modern und liberal galt, verwunderlich, dass sie keinen speziellen Gleichheitssatz enthielt.

Dem islamischen Recht kam auch in dieser Verfassung eine zentrale Rolle zu.[244] Im Mittelpunkt stand hier Art. 64 S. 3. [245] Danach darf kein Gesetz den grundlegenden Prinzipien des Islams und anderen in der Verfassung verkörperten Werten widersprechen. Ferner musste der König ein Muslim und Anhänger der hanafitischen Rechtsschule sein, vgl. Art. 8. In Art. 102 wird allerdings der Vorrang staatlicher Gesetze gegenüber den Vorschriften der hanafitischen Rechtsschule insoweit anerkannt, als die hanafitische Jurisprudenz nur in Fällen, in denen der Sachverhalt nicht gesetzlich geregelt war, zur Anwendung kommen sollte. In der Praxis setzte sich jedoch die Koexistenz zwischen islamischem Recht und der expandierenden Zahl der staatlichen Gesetze fort.[246] Diese Dualität führte auch hinsichtlich der juristischen Ausbildung zu Schwierigkeiten: Die Absolventen der Juristischen Fakultät verfügten kaum über Kenntnisse im religiösen Recht und umgekehrt war den Absolventen der *šarī`a* -Fakultät das weltliche Recht unbekannt.[247]

IV. Die Verfassung der Republik Afghanistan (1977)

Vier Jahre nach seiner Machtergreifung verkündete Präsident Dāūd im Jahre 1977 eine neue Verfassung. [248] Sie schuf einen Einparteienstaat und etablierte ein

[243] In der Verfassung heisst es meist “the people of Afghanistan“ (Art. 25), ”no one“ (Art. 26), ”every afghan“ (Art. 26 S. 23, 38), ”no afghan“ (Art. 27), “a person`s” (Art. 28), “afghan citizens” (Art. 32), “all afghans” (Art. 34, 36, 39), “the citizens of Afghanistan” (Art. 37 S. 3), “all the people” (Art. 38).

[244] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (9).

[245] Vgl. *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (471).

[246] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (10).

[247] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 42-44.

[248] Bis zur Erarbeitung der neuen Verfassung regierte *Dāūd Khān* per Regierungsdekret. *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan S. 5 (10); siehe zu den Inhalten dieser Dekrete auch *Kamali,* Law in Afgha-

sozialistisches System.[249] Die Bürgerrechte entsprachen weitestgehend der Verfassung von 1964.[250] Dabei wurde weiterhin nicht nach Geschlechtern differenziert. Allerdings setzte sie hinsichtlich der Gleichberechtigung neue Akzente. Beispielsweise wird das Prinzip der Gleichberechtigung schon in der Präambel angekündigt.[251] Ferner wird das Abschaffen jeglicher Form der Diskriminierung in Art. 5 als Staatszielbestimmung aufgestellt.[252] Eine revolutionäre Formulierung nahm die Verfassung auf, indem sie in Artikel 27 den speziellen Gleichheitssatz konstituierte:

> *All the people of Afghanistan, both women and men, without discrimination and privilege, have equal rights and obligations before the law.*

So wurde erstmalig in der afghanischen Verfassungsgeschichte die ausdrückliche Gleichberechtigung der Geschlechter aufgenommen. Nicht zuletzt dadurch wird der Einfluss linksorientierter Kräfte deutlich.[253] Die einzige Benachteiligung der Frauen lag in dieser Verfassung darin, dass sie nicht das Amt des Staatspräsidenten ausüben konnte.[254]

Kennzeichnend für diese Verfassung war zudem, dass sie erstmals ein Bekenntnis zu der Charta der Vereinten Nationen und der Allgemeinen Menschen-

---

nistan, S. 240. Zur Billigung der Verfassung berief Daud die *loya jirga* ein. Sie stimmte dem Verfassungsentwurf zunächst nicht zu. Sie änderte 34 der 131 Artikel und fügte sechs weitere hinzu. *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 38. Der afghanische Staat wird als republikanisch, demokratisch, unabhängig, einheitlich und unteilbar bezeichnet (Art. 20); die englische Übersetzung findet sich bei *Moltmann*, Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 123; der Originaltext auf Paschto und Dari ist auf der Seite des afghanischen Justizministeriums unter http://www.moj.gov.af/uploads/da/constitution1359.pdf zu finden, zuletzt aufgerufen am 19. Juni 2010.

[249] Die englische Version dieser Verfassung ist bei *Molmann,* Die Verfassungsentwicklung Afghanistans, S. 123 ff. abgedruckt; die Sozialisierungstendenzen zeigten sich schon in der Präambel, wurden jedoch im 2. Kapitel der Verfassung, in dem die wirtschaftlichen Grundsätze behandelt wurden, verdeutlicht: Bodenreform (Art. 14), beschränktes Privateigentum (Art. 15), Kooperativsystem (Art. 16), staatlich gelenkter Handel (Art. 18) und Steuern nach dem Grundsatz sozialer Gerechtigkeit (Art. 19).

[250] Allerdings fehlte das Vereinigungsrecht in der neuen Verfassung und wurde durch das Einparteiensystem ersetzt, das von der Nationalen Revolutionspartei verkörpert wurde.

[251] In Abs. 8 der Präambel heißt es: "Ultimately in order to achieve all these aims and objectives, we the people of Afghanistan, realizing the conditions and requirements of the time, have resolved to consolidate our national life on the basis of …equality…".

[252] Art. 5 lautet wie folgt: "To respect human liberty and dignity and to eliminate all forms of torture and discrimination".

[253] *Poya*, Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan, ORIENT 2003, S. 367 (371).

[254] Dieses Erfordernis ergibt sich nicht explizit aus der Verfassung, sondern ist implizit dem Art. 77 zu entnehmen. Danach muss der Präsident afghanischer Staatsbürger und Moslem sein. Zudem müssen er und seine Frau von afghanischen Eltern geboren worden sein. Folglich kann nur ein Mann Präsident des Landes werden.

rechtserklärung enthält (Art. 12). Die Grundrechte werden allerdings durch die Generalklausel des Art. 47 unmittelbar eingeschränkt. Danach müssen sie in Übereinstimmung mit den Interessen der Mehrheit der Bevölkerung und den Zielen der „*saratān*“ – Revolution[255] stehen. Diese Formulierung lässt der Regierung einen weiteren Spielraum, verschiedene Sachverhalte nach ihrem Belieben unter den „Zielen der „*saratān*“ – Revolution“ zu subsumieren.

Auch in dieser Verfassung spielte Art. 64, der aus der Verfassung von 1964 übernommen und erweitert wurde, eine zentrale Rolle. Danach hieß es:

> *There can be no law repugnant to the basic principles of the sacred religion of Islam, the Republican Order, and other values embodied in this Constitution.*

Darüber hinaus wird der Islam zwar als Staatsreligion bestätigt (Art. 22), spielt jedoch im Vergleich zu den vergangenen Verfassungen keine führende Rolle.[256] Die Verfassung blieb nur 14 Monate bis zum Umsturz im April 1978 in Kraft. Ihre wesentlichen Inhalte wurden in der Zeit nicht umgesetzt.[257] Die Verfassungswirklichkeit litt zudem unter dem autokratischen Machtbewusstsein Dauds.

V. Die Verfassungen von 1987 und 1990

Die erste Verfassung unter kommunistischer Regierung wurde 1987 verabschiedet.[258] Entsprechend war sie marxistisch-leninistisch geprägt.[259] Hintergrund hierfür war die Kampagne der „nationalen Wiederversöhnung“ des damaligen Präsidenten *Najibullāh*, die zwischen der Regierung und den Widerstandskämpfern zu vermitteln versuchte.[260] In Folge der Systemänderung bedurfte es für die Erarbeitung einer neuen Verfassung entsprechende Zeit.[261] Bis dahin wurde per Dekret regiert.[262] Der spezielle Gleichheitssatz war in Art. 38 enthalten und lautete wie folgt:

> *Citizens of Afghanistan, both men and women have equal rights and duties before the law, irrespective of their national, racial, linguistic, tribal educational and social status, religious creed political conviction, occupation, kinship, wealth, and residence.*

---

[255] Damit ist der Staatsstreich vom Juli 1973 gemeint.

[256] Der Begriff des Islam wird in der Verfassung nur acht Mal erwähnt.

[257] Weder das Parlament (Nationalrat), noch der Oberste Gerichtshof waren bis dahin errichtet worden.

[258] Der Text der Verfassung ist auf englischer Sprache im Internet aufrufbar unter http://www.mpil.de/shared/data/pdf/constitution_1987-1366_et.pdf, zuletzt aufgerufen am 15. August 2012.

[259] Vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 48 f.

[260] Dieser versuchte zwischen der Regierung und den Widerstandskämpfern zu vermitteln, vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 44.

[261] Vgl. *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 151.

[262] Siehe dazu *Chishti*, Constitutional Development in Afghanistan, S. 151.

Ferner enthielt die Verfassung auch Ansätze der positiven Diskriminierung, denn nach Artikel 7 S. 2 unterstützt der Staat u.a. die Förderung von Frauenorganisationen und sichert die Kooperation dieser mit den Staatsorganen. Diese als Staatszielbestimmung aufgestellte Norm zeigt eine neue Denkrichtung der Verfassung, denn zum ersten Mal wurde über die Förderung weiblicher Organisationen gesprochen. Darüber hinausgehende verfassungsrechtliche Differenzierungen im Hinblick auf die Geschlechter wurden nicht vorgenommen. Eine Ausnahme stellte erneut das Amt des Staatspräsidenten dar, denn auch nach dieser Verfassung war diese Stellung nur dem männlichen Geschlecht vorenthalten.[263]

Allerdings enthielt auch diese Verfassung einen Islamvorbehalt, wonach kein Gesetz denBestimmungen der heiligen Religion des Islam und anderen in der Verfassung gewährleisteten Werten widersprechen durfte.[264] Zwar fängt die Präambel mit den Worten "in the name of Allah, the beneficent, the merciful …" an und der Islam wird zur Staatsreligion erklärt, im Ganzen waren jedoch in der kommunistischen Verfassung weitaus weniger Islambezüge zu finden als in ihren Vorgängerinnen.

Die Verfassung vom 29. Mai 1990[265] bestand aus 30 Änderungen[266] der Verfassung von 1987. Im Übrigen hat sie ihren Text fast vollständig übernommen. Beide Verfassungen sind weitestgehend unangewendet geblieben.

VI. Zusammenfassung und Stellungnahme

Zwar war ein allgemeiner Gleichheitssatz schon in der ersten afghanischen Verfassung aus dem Jahre 1923 enthalten, dieser wurde jedoch im selben Artikel durch einen Islamvorbehalt eingeschränkt.[267] Ähnliches gilt auch für die Verfassung unter der Herrschaft *Nader Schāhs* aus dem Jahre 1933.[268]

Erstmalig wurde der allgemeine Gleichheitssatz in der vergleichsweisen „modernen" Verfassung aus dem Jahre 1964 ohne eine unmittelbare Einschränkung konstituiert.[269] Jedoch enthielt auch diese Verfassung in Art. 64 S. 3 eine Islamkompatibilitätsregelung hinsichtlich aller Gesetze. Die ausdrückliche

---

[263] Die Anforderung, dass die Frauen afghanische Eltern haben müssen, macht deutlich, dass nur ein Mann die Möglichkeit hat, Präsident des Landes zu werden, vgl. Art. 73.

[264] Art. 2 S. 2 AfgVerf 1987.

[265] Die englische Übersetzung ist im Internet aufrufbar unter http://www.afghan-web.com/history/const/const1990.html, zuletzt aufgerufen am 8. Juni 2009; der Originaltext der Verfassung auf Paschto und Dari findet sich auf der Seite des afghanischen Justizministeriums unter http://www.moj.gov.af/uploads/da/constitution1369.pdf, zuletzt aufgerufen am 13. Juni 2010.

[266] Siehe zu den Änderungen und ihren Konsequenzen *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 47.

[267] Vgl. Art. 16 AfgVerf 1923.

[268] Vgl. Art. 13 AfgVerf 1933.

[269] Vgl. Art. 25 AfgVerf 1964.

Nennung der Gleichberechtigung der Geschlechter erfolgte zum ersten Mal in der sozialistischen Verfassung von 1977.[270] Die Islamkompatibilitätsregelung galt aber auch in dieser Verfassung fort.[271] Ähnliches gilt auch für die späteren Verfassungen aus den Jahren 1987 und 1990. Allerdings durfte auch unter der kommunistischen Herrschaft kein Gesetz den Prinzipien der heiligen Religion des Islam widersprechen.[272]

Die Analyse der afghanischen Verfassungsgeschichte zeigt das ambivalente Verhältnis zwischen dem Versuch der Modernisierung auf der einen Seite und Aufrechterhaltung der religiösen Normen auf der anderen Seite. Dieses Verhältnis spiegelt sich – je nachdem welches Prinzip im Gesamtgerüst überwiegt – auch im allgemeinen Gleichheitssatz wider: Der Drang zur Moderne wird durch die Konstituierung des allgemeinen Gleichheitssatzes deutlich, währenddessen wird aber gleichzeitig versucht, den religiösen Regelungen durch einen Islamvorbehalt gerecht zu werden. Dadurch wird die Zerrissenheit und innere Widersprüchlichkeit der afghanischen Rechtsordnung deutlich.

Alle Verfassungen verbindet die Dichotomie zwischen Verfassung und Verfassungswirklichkeit, denn sie sind weitestgehend unangewendet geblieben. Das gilt auch für den Gleichheitssatz. Der Grund ist nicht zuletzt darin zu sehen, dass mit Ausnahme der Verfassung *Zahir Schāhs* jede dieser Verfassungen infolge von Unruhen und Revolution in Kraft getreten ist und in erster Linie der Legitimierung der neuen Regierung dienen sollte.[273] Folglich wurden nach wie vor weitgehend informelle Mechanismen zur Konfliktlösung herangezogen. Dem modernen Staat ist es nicht gelungen sich flächenübergreifend in Afghanistan durchzusetzen.[274] Es war immer eine kleine Gruppierung, die im Eiltempo versucht hat, radikale Modernisierung im Land durchzusetzen, die aber stets auf den Widerstand der breiten Masse gestoßen sind.[275]

---

[270] Vgl. Art. 27 AfgVerf 1977.
[271] Vgl. Art. 64 AfgVerf 1977.
[272] Vgl. Art. 2 AfgVerf 1990.
[273] *Saboory,* The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 5 (6).
[274] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, S. 373 (394).
[275] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, S. 373 (394).

Kapitel 2: Die Verfassung aus dem Jahre 2004

Kapitel 2 beschäftigt sich zunächst mit dem rechtlichen Rahmen der afghanischen Verfassung von 2004 (A) sowie dem Prozess der Verfassungsgebung (B). Die Darstellung des Verfassunsgsgebungsprozesses ist auch deswegen von Bedeutung, weil dieser Rückschlüsse auf den Inhalt der Verfassung gibt.[1] Dabei wird u.a. gezeigt, dass einige Regelungen der Verfassung letztlich ein Produkt diverser Absprachen zwischen der internationalen Gemeinschaft, Warlords und religiösen Führern sind.

Im zweiten Teil dieses Kapitels wird das Problem der Interpretation der afghanischen Verfassung behandelt (C). Dabei soll zum einen diejenige Instanz, die Fragen der Verfassungsinterpretation verbindlich entscheidet, bestimmt werden. Zum anderen sollen Methoden der Verfassungsinterpretation für die afghanische Verfassung ermittelt werden.

---

[1] Vgl. *Schneider*, Striking a Balance in Post-Conflict Constitution-Making, S. 174 (175), im Internet aufrufbar unter http://www.peacestudiesjournal.org.uk/dl/July05Tar.pdf, zuletzt aufgerufen am 15. März 2011.

A. Das Bonner Abkommen als Grundlage des „neuen" Afghanistan

Zwei Jahre vor der Verabschiedung der neuen Verfassung wurde am 5. Dezember 2001 das Bonner Abkommen, das als Grundlage des „neuen" Afghanistan und der neuen Verfassung gelten sollte, abgeschlossen.[2] Nach Jahrzehnten von Krieg, Zerstörung und Plünderung war es das primäre Ziel des Abkommens, ein Verfahren zur Errichtung demokratischer Staatsinstitutionen festzulegen.[3]

I. Der politische Hintergrund

Nach den Terroranschlägen des 11. Septembers 2001 ist Afghanistan wieder in den Fokus der Weltöffentlichkeit gerückt.[4] Das Land galt als Herberge des internationalen Terrorismus. Sowohl die UN-Generalversammlung[5] als auch der Sicherheitsrat[6] verurteilten die Anschläge scharf. Daraufhin stellte der damalige US-Präsident *George Bush* den Taliban ein Ultimatum, u.a. die *Al-Qaida* Mitglieder, insbesondere *Osama Bin Laden*, an die USA bedingungslos a*u*szuliefern.[7] Am 6. Oktober 2001 teilte der US-Präsident dem Kongress mit, dass die Forderungen nicht erfüllt seien und folglich Kampfmaßnahmen am nächsten Tag eingeleitet werden müssten.[8] Hierauf starteten die USA den militärischen Aufmarsch im Rahmen der Operation *Enduring Freedom*[9] und bombardierten vom 8. Oktober

---

[2] Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan Pending the Re-Establishment of Permanent Government Institution, signed on 5 December 2001, im Anhang zum Schreiben des Generalsekretärs der Vereinten Nationen an den Vorsitzenden des Sicherheitsrates vom 5. Dezember 2001, UN Doc S/2001/1154; Der UN-Sicherheitsrat machte sich dieses Abkommen mit S/RES/1383 (2001) vom 6.12.2011 zu eigen; zur rechtlichen Qualifizierung des Bonner Abkommens siehe *Marauhn*, Konfliktbewältigung in Afghanistan, AVR 2002, S. 480 (491-493).

[3] Vgl. *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (25).

[4] Vgl. *Fröhlich*, Krisenherd Afghanistan, S. 271; nach der Intervention der ehemaligen Sowjetunion 1979-1989 zugunsten eines kommunistischen Regimes in Afghanistan und dem Abzug der russischen Truppen wurde ein von der Weltöffentlichkeit kaum beachteter Bürgerkrieg in Afghanistan geführt, *Gauster*, Konflikttransformation und Staatsbildung in Afghanistan, in: Feichtinger/Jureković, Internationales Konfliktmanagement im Fokus, S. 187.

[5] A/RES/56/1 vom 12. September 2001.

[6] S/RES/1368 vom 12. September 2001.

[7] Näher dazu siehe *Fröhlich*, Krisenherd Afghanistan, S. 271 ff.

[8] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, S. 373 (406).

[9] Dazu stellvertretend für alle *Tomuschat*, Der 11. September und seine rechtlichen Konsequenzen, EuGRZ 2001, S. 535 ff.; und *Seidel*, Quo vadis Völkerrecht?, AVR 2003, S. 449 (458-471).

2001 an die Stellungen der Taliban und der Al-Qaida.[10] Zeitgleich unterstützten die USA die Nordallianz,[11] um schneller gegen die Taliban vorgehen zu können.[12]

Die Taliban konnten unter Führung der Vereinigten Staaten und in Kooperation mit der Nordallianz jedoch aus der Regierung vertrieben werden. Die afghanischen Kriegsherren waren nicht bereit, für eine zentrale Regierung regionale Vormachtstellungen aufzugeben.[13] Um dennoch eine gewisse Legitimität der Regierungsbildung vorweisen zu können, organisierten die Vereinten Nationen die Friedensgespräche auf dem Petersberg bei Bonn.[14] Hierbei kam das Bonner Abkommen zustande. Bei dem Bonner Abkommen handelt es sich nicht um ein Friedensabkommen, da die besiegten Taliban nicht beteiligt wurden, sondern um ein Abkommen zwischen den Siegern des Afghanistan-Konflikts nach dem 11. September 2001.[15]

II. Die Akteure

Eine besondere Rolle bei den Friedensgesprächen spielte der Sonderbeauftragte der Vereinten Nationen, *Lakhdar Brahimi,* der den Teilnehmern der Konferenz einen Vorschlag für ein Rahmenübereinkommen vorgelegt hatte.[16] Auf afghanischer Seite rief er vier politische Gruppierungen zu den Gesprächen zusammen: Die Nordallianz, die Rom-Gruppe, die Zypern-Gruppe sowie die Peshawar-Gruppe.[17]

1. Legitimationsmängel

Die Nordallianz besteht hauptsächlich aus dem Panjscher-Tal stammenden Tadschiken, wobei sie ein fragiles Bündnis einstiger Mudschaheddin-Parteien[18]

---

[10] *Gerber,* Die neue Verfassung Afghanistans, S. 52 f.

[11] Bei der Nordallianz handelt es sich hierbei um ein insbesondere aus dem Pajscher-Tal stammendes fragiles Bündnis einstiger Mudschaheddin-Parteien und Warlors. Zur Nordallianz siehe unten, Kapitel 2 A. II.1.

[12] *Gerber,* Die neue Verfassung Afghanistans, S. 52 f.

[13] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 54.

[14] Vgl. *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (466).

[15] *Schneider*, Striking a Balance in Post-Conflict Constitution-Making, Peace, Conflict and Development: An Interdisciplinary Journal 2005, S. 174 (180); dem Übereinkommen sind drei Anlagen zur Internationalen Sicherheitstruppe, zur Rolle der Vereinten Nationen während des Interimszeitraums und zu einem an die Vereinten Nationen gerichteten Ersuchen beigefügt.

[16] siehe *Marauhn*, Konfliktbewältigung in Afghanistan, AVR 2002, S. 480 (491).

[17] Die Teilnehmer der Gespräche der Vereinten Nationen über Afghanistan sind auf S. 8 f. des Bonner Übereinkommens namentlich genannt.

[18] Der Begriff Mudschahed wird von *ǧihād* abgeleitet und steht wörtlich für eine Person, die den Islam verteidigt. Im afghanischen Kontext handelt es sich bei den Mudschaheddin um Kämpfer, die ursprünglich ausgebildet wurden, um gegen die sowjetischen Besatzungstruppen zu kämpfen. Nach dem Abzug der sowjetischen Truppen bekämpften sich rivalisierende Mudschaheddin-Gruppierungen im Bürgerkrieg bis zur Machtübernahme durch die Taliban; zu den Mud-

und Warlords darstellt.[19] In ihr finden sich ehemalige Verbündete und Gegner wieder, die sich zusammengeschlossen hatten, um gegen die Taliban zu kämpfen.[20] Zu der Rom-Gruppe gehörten Exilafghanen, die dem ehemaligen König *Mohammad Zāhir Schāh* sehr nahe standen.[21] Der Zypern-Gruppe gehörten vor allem solche Exil-Afghanen an, die dem Iran nahe stehen.[22] Die Peschawar-Gruppe repräsentierte hauptsächlich die paschtunisch-sprechende Diaspora, die sich in Pakistan aufhielt.[23]

Das Ziel der Vereinten Nationen, einen Fahrplan für die Bildung der Regierungsinstitutionen zu erstellen, ist grundsätzlich positiv zu bewerten, denn ohne eine solche Regulierung bestand die Gefahr der Zersplitterung und erneuter Machtkämpfe um Kabul.[24] Die vier ernannten Gruppen waren jedoch nicht repräsentativ für Afghanistan, denn sie wurden insbesondere von der tadschikisch-stämmigen Nordallianz dominiert.[25] Hingegen waren die in Afghanistan lebenden Paschtunen im Hinblick auf die Tatsache, dass sie bis zu 50-60 % der Gesamtbevölkerung bilden, stark unterrepräsentiert.[26] Ohne die Teilnahme der größten Bevölkerungsgruppe war die Ablehnung dieses Abkommens in der afghanischen Gesellschaft vorprogrammiert. Zum anderen ist die umstrittene

schaheddin siehe *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 50 ff.; *Matin Baraki* beschreibt das Verhalten der Mudschaheddin in Afghanistan wie folgt: „Die Mudschaheddin, ob Führer oder einfache Kämpfer, wechselten die Front jeweils dahin, wo es das meiste Geld gab." *Baraki*, Afghanistan nach „Petersberg", Blätter für internationale und deutsche Politik, Februar 2002, S. 147.

[19] *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 137.

[20] Siehe FAZ.NET, Nordallianz – ein Zweckbündnis ehemaliger Gegner, 1. November 2001, http://www.faz.net/s/RubA24ECD630CAE40E483841DB7D16F4211/Doc~EAC40D41DEFAB4273BE3EBABAFBDD6723~ATpl~Ecommon~Scontent.html, zuletzt am 23. März 2011 aufgerufen.

[21] *Walter*, Die Verfassung der Islamischen Republik Afghanistan, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 2010, S. 713 (731).

[22] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2005, S. 373 (410).

[23] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 54.

[24] *Gerber* bemerkt zu der Situation nach der Vertreibung der Taliban: „Die politische Situation nach dem Krieg in Afghanistan ähnelte nahezu der politischen Konstellation der Jahre 1992-1994, in der das Land durch eine starke Zersplitterung gekennzeichnet war. Nach der Vertreibung der Taliban richteten sich ehemalige Mudschaheddin wieder in den Gebieten ein, die sie vor der Taliban-Herrschaft kontrolliert hatten (z.B. Ismail Khan). Vor allem die Warlords der Nordallianz bekamen im fortschreitenden Kampf gegen Terroristen finanzielle und militärische Unterstützung von den USA. So konnten sie ihre regionale Macht konsolidieren und ihr regionales Umfeld noch stärker beherrschen und kontrollieren.", *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 53.

[25] *Suhrke/ Harpviken/Strand*, Conflictual Peacebuilding, S. 4, im Internet aufrufbar: p://www.cmi.no/pdf/?file=/afghanistan/doc/r2004-4.pdf, zuletzt aufgerufen am 9. März 2010.

[26] Vgl. auch *Goodhand*, From War Economy to Peace Economy?, Journal of International Affairs 2004, S. 155 (169).

Vergangenheit der teilnehmenden Mudschaheddin-Gruppen zu beachten.[27] Vor allem den Mitgliedern der Nordallianz werden Menschenrechtsverletzungen, Massaker und Massenvergewaltigungen[28] vorgeworfen.[29] Nicht zuletzt dadurch leidet das Bonner Abkommen an Legitimität und Akzeptanz bei der afghanischen Bevölkerung.[30] Die Taliban und alle, die mit ihnen assoziiert waren, wurden komplett von den Verhandlungen ausgeschlossen.[31]

Die Präambel des Bonner Abkommens selbst verweist auf den Widerspruch zwischen seiner undemokratischen Grundlage und dem darauf fußenden Demokratisierungsprozesses hin indem sie von der „Notwendigkeit, eine breite Repräsentation aller Teile der afghanischen Bevölkerung in den Übergangsregelungen sicherzustellen, einschließlich jener Gruppierungen, die bei den VN-Gesprächen zu Afghanistan nicht hinreichend vertreten waren" spricht.[32] Nach *Brahimis* Ansicht würde sich niemand daran erinnern "how unrepresentative the

---

[27] Beispielsweise kommentiert *Baraki* die Anwesenheit der an den Gesprächen teilnehmenden Mujaheddin wie folgt: „Es waren größtenteils die Kräfte versammelt, die 1992-96 an der Zerstörung Kabuls tatkräftig mitgewirkt haben, wobei an die 50000 Zivilisten umkamen", *Baraki*, Afghanistan nach „Petersberg", Blätter für internationale und deutsche Politik, Februar 2002, S. 147.

[28] Siehe zu den Kriegsverbrechen der einzelnen Mudschaheddin-Gruppierungen in Form von Vergewaltigungen von Frauen The Afghan Justice Project 2005, War Crimes and Crimes against Humanity: 1978-2001, S. 61 ff., aufrufbar unter http://afghanistanjusticeproject.org/warcrimesandcrimesagainsthumanity19782001.pdf, zuletzt aufgerufen am 24. März 2011.

[29] Siehe FAZ.NET, Nordallianz – ein Zweckbündnis ehemaliger Gegner, 1. November 2001, http://www.faz.net/s/RubA24ECD630CAE40E483841DB7D16F4211/Doc~EAC40D41DEFAB4273BE3EBABAFBDD6723~ATpl~Ecommon~Scontent.html, zuletzt am 23. März 2011 aufgerufen; auch kurz vor den Bonner Gesprächen hatten die Truppen der Nordallianz ein Massaker an gefangen gehaltenen Taliban-Kämpfern verübt, in dem sie sie in Dasht-e Leili in LKW-Container eingeschlossen und sie dem Tode überlassen hatten, *Rubin*, Transitional justice and human rights in Afghanistan, International Affairs 2003, S. 567 (574); *Strutynski,* Afghanistan: "Massaker in Mazar" - US-Soldaten verstrickt?, AG Friedensforschung, http://www.ag-friedensforschung.de/regionen/Afghanistan/massaker.html, zuletzt aufgerufen am 1. April 2011.

[30] *Matin Baraki* sieht als Alternative zum Bonner Abkommen als erstes die Einberufung derloya jirga, auf der sowohl die Verfassungskommission als auch die Mitglieder der Interimsregierung zu bestimmen wäre. Durch diese Vorgehensweise wäre eine für die afghanische Bevölkerung hinnehmbare Interimsregierung errichtet worden, *Baraki*, Afghanistan nach „Petersberg", Blätter für internationale und deutsche Politik 2002, S. 147 (150).

[31] *Stahn*, The law of Practice of International Territorial Administration, S. 361; siehe auch International Peace Academy, The Future of UN-Statebuilding: Strategic and Operational Challenges and the Legacy or Iraq, 2004, S. 8, aufrufbar unter http://www.ipacademy.org/media/pdf/publications/future_of_un_state_building.pdf, zuletzt aufgerufen am 9. März 2011.

[32] *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (25).

meeting had been if the participants managed to fashion a process that would lead to a legitimate and representative government".[33]

Marauhn bemerkt jedoch, dass es in der Zeit nach dem Sturz der Taliban und vor der Errichtung einer Interimsverwaltung keine andere Möglichkeit gab, als den afghanischen Teilnehmern der Afghanistan-Gespräche (und damit den Unterzeichnern des Bonner Abkommens) jedenfalls temporär die Qualität von „Organwaltern des afghanischen Selbstbestimmungsrechts" zukommen zu lassen.[34]

Denn eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass ein Volk sein Selbstbestimmungsrecht ausüben kann, ist aber seine politische Organisation.[35] Die Teilnehmer des Bonner Abkommens sind allerdings nicht vom Volk gewählt worden. Dieser Aspekt führt folglich zu Legitimationsproblemen. Letztlich kommt es darauf an, worauf man die Auswahl der Mitglieder zurückführt. Wenn man wie *Marauhn* die „Not der Situation" als ausschlaggebenden Aspekt für die nicht demokratisch legitimierte Auswahl der Konferenzteilnehmer ansieht, lässt sich eine quais-treuhänderische Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts des afghanischen Volkes durch die afghanischen Teilnehmer der Konferenz rekonstruieren.

2. Die ausländischen Akteure

Die USA waren mit 20 Delegierten auf der Konferenz vertreten. Damit waren sie am stärksten gegenüber anderen internationalen Akteuren vertreten. Diese Dominanz lässt auf ihre Einflussnahme auf das Abkommen schließen.[36] Seit der Errichtung der Interimsregierung haben die USA bestimmenden Einfluss auf die afghanische Führung ausgeübt.[37] Die damalige Bundesregierung war zwar formal

---

[33] So *Rubin*, Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy (2004), S. 5 (7).

[34] *Marauhn*, Konfliktbewältigung in Afghanistan, AVR 2002, S. 480 (492).

[35] *Ermacora*, The Protection of Minorities before the UN, RdC 1983 IV, S. 247 (327); *Thürer*, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, AVR 1984, S. 113 (126).

[36] *Baraki*, Afghanistan nach „Petersberg", Blätter für internationale und deutsche Politik, Februar 2002, S. 147.

[37] *Gauster*, Konflikttransformation und Staatsbildung in Afghanistan, in: Feichtinger (Hrsg.), Internationales Konfliktmanagement im Fokus, S. 187 (192); ein kurzer Überblick über die Interessen der Vereinigten Staaten, Russlands, Pakistans, Irans und Saudi-Arabiens ist bei *Jonhnson/Maley/Thier/Wardak*, Afghanistan´s political and constitutional development, S. 10 zu finden.

Gastgeber bei den Gesprächen und sollte keinerlei Vermittlerrolle haben,[38] hatte aber gleichwohl einen Sieben-Punkte-Plan zur Zukunft Afghanistans vorgelegt.[39]

3. Die Rolle der Vereinten Nationen

Auf der Bonner Konferenz sind die Vereinten Nationen unter Führung der USA in einer „Mittlerfunktion" aktiv geworden.[40] Das Abkommen bildet zugleich die Grundlage für das Engagement der Vereinten Nationen in Afghanistan.[41] Die Rolle der Vereinten Nationen in Afghanistan sollte sich nach dem Bonner Abkommen insbesondere auf zwei Ebenen auswirken:[42] Zum einen sollte die UN im Rahmen eines Mandats Truppen nach Afghanistan schicken, um die Sicherheit in Kabul und in den umgebenden Gebieten zu gewährleisten (Anhang 1). Zum anderen sollte eine Unterstützungsmission auf Zivilebene stattfinden (Anhang 2). Folglich wurde unter der Resolution 1386 des Sicherheitsrates vom 20. Dezember 2001 die „International Security and Assistance Force (ISAF) errichtet. Unter der Resolution 1401 vom 28. März 2002 folgte die „UN Assistance Mission to Afghanistan" (UNAMA).[43]

Nach dem Gesamtkonzept des Bonner Abkommens sollte der UN die Rolle eines Helfers zukommen.[44] Dies wird im Bonner Abkommen schon in der Präambel deutlich, indem als Ziel die „Bekräftigung der Unabhängigkeit, der nationalen Souveränität und der territorialen Unversehrtheit Afghanistans" sowie die „Anerkennung des Rechtes des afghanischen Volkes, seine politische Zukunft im Einklang mit den Grundsätzen des Islam, der Demokratie, des Pluralismus und der sozialen Gerechtigkeit in Freiheit selbst zu bestimmen" festgelegt wurde. Die

---

[38] Siehe dazu Auswärtiges Amt, 1. Afghanistan-Konferenz «UN Talks on Afghanistan» Bonn, November 2001, http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/RegionaleSchwerpunkte/AfghanistanZentralasien/KonferenzPetersberg2001_node.html, zuletzt aufgerufen am 18. Februar 2011.

[39] *Baraki*, Afghanistan nach „Petersberg", Blätter für internationale und deutsche Politik 2002, S. 147.

[40] *Marauhn,* Konfliktbewältigung in Afghanistan, Archiv des Völkerrechts 2002, S. 480 (490).

[41] Aber auch eine Reihe weiterer Resolutionen, die der Sicherheitsrat nach dem Bonner Abkommen verabschiedet hat, befasst sich mit dem Engagement der Vereinten Nationen in Afghanistan, wie beispielsweise die Sicherheitsresolutionen 1383 (2001), 1386 (2001), 1401 (2002), 1413 (2002) und 1419 (2002), *Marauhn,* Konfliktbewältigung in Afghanistan, Archiv des Völkerrechts, Bd. 40 (2002), S. 480 (491).

[42] Zur Arbeit der Vereinten Nationen in Afghanistan vor dem Bonner Abkommen siehe *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2005, S. 373 (397-404).

[43] Siehe *Schneider*, Striking a Balance in Post-Conflict Constitution-Making, Peace, Conflict and Development: An Interdisciplinary Journal 2005, S. 174 (181 f.).

[44] Vgl. beispielsweise Kapitel I (6) S. 2.

Rolle der UN in Afghanistan wurde also von Anfang an in dem Abkommen begrenzt.[45] Eigenständige exekutive Befugnisse kamen ihr nicht zu.[46]

Die UNAMA soll die afghanische Führung auch nach der vollständigen Umsetzung des Bonner Abkommens weiter beraten.[47] Daher lautet die von dem Sonderbeauftragten des UN-Generalsekretärs gewählte Formel "*Light-Foot Approach*", nach der den Vereinten Nationen lediglich eine beratende Funktion zukommt.[48] Das Engagement der Vereinten Nationen im Rahmen des Bonner Abkommens und der weiteren Errichtung der staatlichen Institutionen in Afghanistan war hierbei weitestgehend von den Erfahrungen in Ost-Timor und im Kosovo geprägt, so dass eine unmittelbare Steuerung des Reformprozesses vermieden und verstärkt auf eine tragende Rolle der Afghanen selbst gesetzt wurde.[49] Der Unterschied zwischen Ost-Timor und dem Kosovo auf der einen Seite und Afghanistan auf der anderen Seite besteht darin, dass es sich bei Afghanistan um einen etablierten Staat handelte und kein Gebiet, dessen Souveränität sich erst im Entstehen befand.[50] Auch die Größe Afghanistans hätte eine Gebietsverwaltung durch die UN nahezu unmöglich gemacht.[51] Ferner hat die Geschichte Afghanistans, angefangen bei dem ersten anglo-afghanischen Krieg

---

[45] *Stahn*, The law of Practice of International Territorial Administration, S. 355; der Kern des UN-Einsatzes wurde in dem Bericht des Generalsekretärs vom 18. März 2002 (UN Doc. A/56/875-S/2002/278 para. 97) insbesondere wie folgt bestimmt: "(a) Fulfilling the tasks and responsibilities, including those related to human rights, the rule of law and gender issues, entrusted to the United Nations in the Bonn Agreement, which were endorsed by the Security Council in its resolution 1383 (2001);
(b) Promoting national reconciliation and rapprochement throughout the country, through the good offices role of my Special Representative;
(c) Managing all United Nations humanitarian relief, recovery and reconstruction activities in Afghanistan, under the overall authority of my Special Representative and in coordination with the Interim Authority and successor administrations of Afghanistan."

[46] *Kiderlen,* Von Triest nach Osttimor, S. 85. Diese Haltung wurde zwei Jahre später ähnlich im Falle Iraks fortgeführt, siehe dazu para. 8 der S /RES/1483 vom 22. Mai 2003 und para. 8 der S/RES/1511 vom 16. Oktober 2003; ganz neu ist diese Form der Unterstützung durch die UN nicht, denn sie wurde ähnlich in den fünfziger Jahren im Kontext der Dekolonisierung Libyen durchgeführt, siehe dazu *Stahn*, The law of Practice of International Territorial Administration, S. 207 ff.

[47] Aus diesem Grunde wurde ihr Mandat wiederholt verlängert, zuletzt durch S/RES/2041 vom 22. März 2012 um weitere 12 Monate bis März 2013.

[48] *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (23); Vgl. auch *Kiderlen,* Von Triest nach Osttimor, S. 82.

[49] *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (23).

[50] *Marauhn*, Konfliktbewältigung in Afghanistan, AVR 2002, S. 480 (510 f.); *Kiderlen*, Von Triest nach Osttimor, S. 86; *Chesterman*, You, The People, S. 89; *Chesterman*, Walking Softly in Afghanistan, S. 37.

[51] *Stahn*, The law of Practice of International Territorial Administration, S. 351.

bis zum ǧihād gegen die sowjetischen Besatzungstruppen, gezeigt, dass sich das afghanische Volk gegen Fremdherrschaft wehrt.[52] Daher betonten auch der Sicherheitsrat und die Generalversammlung stets die Hauptverantwortung der Afghanen.[53] Ein entscheidender Faktor in Afghanistan war schließlich die parallele militärische Operation unter Führung der Vereinigten Staaten und die hieraus folgende Zurückhaltung der UN.[54]

Mithin ist die Rolle der Vereinten Nationen im Rahmen der Errichtung der afghanischen Institutionen die eines Helfers, wobei die Hauptverantwortung – zumindest nach außen – der afghanischen Regierung zukommen sollte.

III. Der Drei-Phasen-Plan

Das Abkommen enthält einen in drei Phasen gegliederten Zeitplan, in den die Regierungsinstitutionen etabliert werden sollten:[55] Um dem afghanischen Staat ein rechtliches Gerüst[56] zu verleihen, sah das Abkommen die Bildung einer Interimsverwaltung,[57] die Verabschiedung einer neuen Verfassung[58] sowie Präsidentschafts- und Parlamentswahlen vor.[59]

Entsprechend den Vorgaben des Abkommens übernahm die Interimsregierung unter der Führung von *Hamid Karzai* am 22. Dezember 2001 die Regierungs-

---

[52] Vgl. auch *Kiderlen*, Von Triest nach Osttimor, S. 86; *Stahn*, The law of Practice of International Territorial Administration, S. 357; *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, S. 373 (381).

[53] Siehe zum Beispiel Präambel § 4 S/RES/1386 vom 20. Dezember 2001 und S/RES/1510 vom 13.10.2003: „Recognizing that the responsibility for providing security and law and order (…) resides with the Afghan themselves" sowie Präambel § 3 S/RES 1471 vom 28. März 2003: "Recognizing the Transitional Administration as the sole legitimate government of Afghanistan (…)", zitiert nach *Kiderlen*, Von Triest nach Osttimor, S. 86, Fn. 464; vgl. auch *Chesterman*, You, the People, S. 91; nach Angaben von *Lakhdar Brahimi* wachse der Einfluss der Vereinten Nationen durch die Anerkennung einer eigenständigen afghanischen Regierung, *Chesterman*, You, the People, S. 91 f.

[54] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, S. 373 (383).

[55] *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (901); Kritisch zu den Formulierungen des Bonner Abkommens siehe *Johnson/Maley/Thier/Wardak*, Afghanistan´s political and constitutional development, S. 3; zu dem Inhalt des Abkommens im Einzelnen siehe *Marauhn*, Konfliktfolgenbewältigung in Afghanistan zwischen Utopie und Pragmatismus, AVR 2002, S. 480 (494 ff.).

[56] Begriff bei *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (27).

[57] Siehe Kapitel I (1) des Bonner Abkommens; zur Zusammensetzung, Verfahrensweise und Aufgaben der Interimsregierung siehe Kapitel III des Bonner Abkommens.

[58] Kapitel I (6) des Bonner Abkommens.

[59] Siehe Kapitel I (4) S. 3 des Bonner Abkommens.

gewalt.[60] Die erste Phase endete mit der Wahl von *Hamid Karzai*[61] zum Präsidenten der Übergangsverwaltung und mit der Bestätigung seines Kabinetts durch die „Emergency *loya jirga*"[62] im Juni 2002.[63] Die zweite Phase endete mit der Verabschiedung der neuen Verfassung durch die *loya jirga*.[64] Die dritte Phase begann mit dem Inkrafttreten der neuen Verfassung am 26. Januar 2004 und endete mit den ersten Präsidentschaftswahlen im Oktober 2004 und den Parlamentswahlen[65] am 18. September 2005.[66]

Für diesen Zeitraum enthält das Abkommen Regelungen für die Interimsverwaltung, die sich auf den rechtlichen Rahmen und das Justizsystem, auf die Interimsregierung, auf die „Emergency *loya jirga*" sowie auf die Modalitäten des Machtübergangs beziehen. Im Folgenden sollen die Vorschriften des Abkommens zur neuen Verfassung sowie der rechtliche Rahmen für die Übergangsphase dargestellt werden.

IV. Die Vorgaben zur neuen Verfassung

Das in Art. 2 Nr. 1 UN-Charta kodifizierte Gebot der souveränen Gleichheit der Staaten ist eines der tragenden Grundprinzipien des Völkerrechts.[67] Dieses Gebot beinhaltet unter anderem die Prämisse, dass den Staaten im Bereich der eigenen Jurisdiktion die höchste Gewalt zukommt.[68] Dazu gehört auch die Verfassungsgebung.[69] Das Recht zur Verfassunggebung ist zugleich ein Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts.[70]

Folglich regelt das Völkerrecht weder das Verfahren der Verfassungsgebung, noch das innere Verfassungssystem.[71] Das Völkerrecht beschäftigt sich in erster

---

[60] Vgl. § 11 des Reports of the Secretary-General on the Situation in Afghanistan and its Implications for International Peace and Security A/56/875 – S/2002/278.

[61] *Hamid Karzai* ist der Sohn des im Jahre 1999 ermordeten Politikers Abdul-Ahad Karzai, der in Afghanistan gegen die Taliban gekämpft hatte, *Schetter*, Kleine Geschichte Afghanistans, S. 138.

[62] Ausführlicher zur „Emergency *loya jirga*" siehe *Walter*, Die Verfassung der Islamischen Republik Afghanistan, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 2010, S. 713 (734 f.); siehe auch *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 59 ff.

[63] Siehe S/RES/1419, vom 26.6.2002; *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (901).

[64] Kapitel I (6) des Bonner Abkommens; *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (901).

[65] Siehe insbesondere §§ 1-14 des Berichts A/59/744 – S/2005/183 vom 18.3.2005.

[66] Vgl. Kapitel I (4) S. 3 des Bonner Abkommens.

[67] Vgl. *Bleckmann,* Völkerrecht, S. 51; *Stein/von Butler*, Völkerrecht, S. 187.

[68] *Stein/von Butler*, Völkerrecht, S. 187; vgl. *Emmerich-Fritsche,* Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007, S. 158.

[69] *Šarčević*, Völkerrechtlicher Vertrag als „Gestaltungsinstrument", AVR 39 (2001), S. 297(300).

[70] Vgl. *Stern,* StR, § 25, S. 26.

[71] *Šarčević*, Völkerrechtlicher Vertrag als „Gestaltungsinstrument", AVR 39 (2001), S. 297(302); vgl.auch *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, § 687.

Linie damit, ob der Staat durch sein Verfassungssystem alle Rechte und Pflichten eines Völkerrechtssubjekts erfüllen kann.[72]

Allerdings sieht das Bonner Abkommen – wie erwähnt - auch ein Verfahren zur Verfassungsgebung vor:[73] Innerhalb von 18 Monaten nach Errichtung der Übergangsverwaltung sollte eine verfassungsgebende *loya jirga* einberufen werden, die eine neue Verfassung für Afghanistan beschließt. Zur Unterstützung der „Verfassungs-*loya jirga*“ sollte die Übergangsverwaltung innerhalb von zwei Monaten nach Aufnahme ihrer Tätigkeit und mit Hilfe der Vereinten Nationen eine Verfassungskommission einsetzen. Damit zeigt das Bonner Abkommen, – ähnlich wie das Daytoner Abkommen[74] auch – dass das Völkerrecht neben seiner ursprünglichen Funktion als Regulator der Beziehungen zwischen Staaten zum Regulator der inneren Ordnung der Staaten werden kann.[75] Im Vergleich zum Daytoner Abkommen enthält das Bonner Abkommen aber keine inhaltlichen Voraussetzungen an die zu verabschiedende Verfassung, sondern nur formale Verfahrensvorgaben.[76] Dieser Entscheidungsspielraum wurde den Beteiligten des Verfassungsgebungsprozesses überlassen.[77]

V. Der rechtliche Rahmen für die „Übergangsphase“

Das Bonner Abkommen erklärt übergangsweise die Verfassung von 1964 bis zur Verabschiedung einer neuen Verfassung als bestehendes Recht, soweit ihr Inhalt nicht mit dem Bonner Abkommen kollidiert.[78] Bestehende Gesetze sollten, soweit sie nicht gegen das Bonner Abkommen, gegen die von Afghanistan unterzeichneten völkerrechtlichen Verträge oder gegen die anwendbaren Vorschriften der

---

[72] *Šarčević*, Völkerrechtlicher Vertrag als „Gestaltungsinstrument“, AVR 39 (2001), S. 297 (302).
[73] Kapitel II A, IV des Bonner Abkommens.
[74] Hierbei handelt es sich um das am 21. November 1995 paraphierte „Dayton Peace Agreement“ zur Beseitigung des blutigen Konflikts in Bosnien-Herzegowina, das auf dem Luftwaffenstützpunkt Wright-Patterson in der US-amerikanischen Stadt Dayton getroffenen wurde; Vermittler waren die USA unter der Leitung des damaligen US-Präsidenten *Bill Clinton* mit Beteiligung der Europäischen Union; unterzeichnet haben das Abkommen der mittlerweile verstorbene serbische Präsident *Slobodan Milošević*, der damalige bosnisch-herzegowinische Präsident *Alija Izetbegović* und der kroatische Präsident *Franjo Tuđman*; zu dem Abkommen siehe *Dörr*, Die Vereinbarungen von Dayton, AVR 1997, S. 129 ff.
[75] Vgl. *Šarčević*, Völkerrechtlicher Vertrag als „Gestaltungsinstrument“, AVR 2001, S. 297 (299).
[76] „Annex 4“ zum Allgemeinen Rahmenabkommen bildet die neue Verfassung des Gesamtstaats Bosnien-Herzegowina.
[77] *Marauhn* geht insgesamt hinsichtlich des Bonner Abkommens von einem völkerrechtlichen Rahmen aus, da die primär verfassungsrechtlichen Implikationen in einem völkerrechtlich ausgestalteten Prozess der Konfliktbewältigung in Afghanistan integriert seien, *Marauhn,* Konfliktbewältigung in Afghanistan, AVR 2002, S. 480 (493).
[78] Vgl. Kapitel II Nr. 1) i) des Bonner Abkommens; zur Vereinbarkeit der Verfassung von 1964 mit dem Bonner Abkommen siehe *Lau*, An Introduction to Afghanistan´s Legal System, Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, 2001-2002, S. 27 (31 ff.).

Verfassung von 1964 verstoßen,[79] anwendbar bleiben.[80]Das Übereinkommen setzt aber eine Harmonie zwischen den islamischen Regelungen und den internationalen Normen voraus, indem es Folgendes fordert:

> *Die Interimsregierung setzt mit Unterstützung der Vereinten Nationen eine Justizkommission ein, um das innerstaatliche Justizsystem im Einklang mit islamischen Grundsätzen, internationalen Normen, rechtsstaatlichen Verfahren und afghanischen Rechtstraditionen wiederaufzubauen.*[81]

Durch diese Formulierung wird deutlich, dass sich die Beteiligten des Bonner Abkommens nicht mit möglichen Kollisionen zwischen internationalen Normen und islamischen Grundsätzen auseinandergesetzt haben.

VI. Bewertung des Bonner Abkommens

Zur Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts des afghanischen Volkes regelt das Abkommen bis zur Verabschiedung einer neuen Verfassung und den darauf folgenden Präsidentschafts- und Parlamentswahlen die Staatsorganisation. Damit agiert das Völkerrecht über seine traditionelle Funktion als Koordinator zwischen Staaten hinaus als Regulator der inneren Ordnung des Staates.

Das Bonner Abkommen beinhaltet zwar formale Verfahrensanforderungen an den Verfassungsgebungsprozess, inhaltliche Vorgaben an die Verfassung stellt es jedoch nicht.[82]

Allerdings leidet das Abkommen aufgrund der fehlenden Legitimation seiner Teilnehmer an Legitimität. Diese problematischen Aspekte können letztlich auch nicht mit der damaligen Situation gerechtfertigt werden. Wenn schon unter dem Aspekt der Menschenrechte und moralischer Legitimität ein Abkommen geschlossen wird,[83] so ist es auch unverzichtbar, dass die Basis selbst legitim zustande kommt. Unter diesen Umständen ist der schwierige Weg zur Verabschiedung einer neuen Verfassung samt ihres Inhalts vorprogrammiert gewesen.

---

[79] Auf den ersten Blick mag der Rückgriff auf die Verfassung von 1964 anstelle der späteren Verfassungen verwundern, obwohl diese beispielsweise die Nennung der Gleichstellung der Geschlechter beinhalten. Allerdings galten die Verfassungen von 1987 und von 1990 aufgrund ihres kommunistischen Hintergrundes als „nicht hoffähig“, vgl. *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (467).

[80] Kapitel II (1) ii) des Bonner Abkommens.

[81] Kapitel II (2) des Bonner Abkommens.

[82] Siehe Kapitel 2 A. IV.

[83] Vgl. *Schoiswohl,* Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (22); sowie die Präambel, Kapitel III C (6) und Kapitel V (2) des Bonner Abkommens.

B. Der Verfassungsgebungsprozess in Theorie und Praxis

Das Verfahren zur Verabschiedung einer neuen Verfassung ist im Bonner Abkommen geregelt.[84] Die UNAMA[85] Support Unit der Verfassungskommission hat diese Vorgaben - teilweise abweichend von den Bonner Vorgaben - in drei Schritten konkretisiert und folgende Einrichtungen dafür einberufen:[86] Das Constitutional Drafting Committee, das „Constitutional Committee“ sowie die „Verfassungs-*loya jirga*“.

Zunächst sollte ein „Constitutional Drafting Committee“ errichtet werden. Die Mitglieder der neunköpfigen Kommission sollte der damals amtierende Präsident *Karzai* aus bekannten afghanischen Gelehrten, Juristen und anderen Persönlichkeiten ernennen. Zwei davon sollten dem weiblichen Geschlecht angehören.[87] Diesem „Constitutional Drafting Committee“ sollte einen ersten Entwurf der Verfassung erarbeiten. Im zweiten Schritt sollte die Kommission auf 35 Personen erweitert werden („Constitutional Commission“). Ihr wurde die Aufgabe übertragen, die Bevölkerung über den Prozess der Verfassungsgebung aufzuklären und den Entwurf mit ihr zu beraten. Die Informationstätigkeit sollte sogar über die Landesgrenzen hinaus die afghanischen Flüchtlinge in Pakistan und Iran erreichen. Die Zahl der weiblichen Mitglieder sollte erhöht werden, um so einen Meinungsaustausch mit Frauen zu ermöglichen. Insbesondere sollten auch frauenspezifische Angelegenheiten besprochen werden. Die Informationen und

---

[84] Kapitel I (6) des Bonner Abkommens.

[85] UNAMA steht für United Nations Assistance Mission in Afghanistan.

[86] Diese Schritte werden in einem Arbeitspapier der UNAMA Support Unit der Verfassungskommission beschrieben, vgl. UNAMA Support Unit der Verfassungskommission, The Constitution-Making Process in Afghanistan, veröffentlicht vom Sekretariat der Verfassungskommission, Kabul, März 2003, im Internet unter aufrufbar unter http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN016658.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Mai 2010.

[87] Zur Rolle der Frauen im Verfassungsgebungsprozess hat das Sekretariat der Verfassungskommission folgendes beabsichtigt: “The Commission will ensure broad participation of women in the constitutional-making process. The Constitutional Drafting Commission consists of nine members including two women. The representation of women will increase in the soon to be established Commission. The women commissioners will lead, where possible, consultations with women in light of culture sensitivities in some areas. The Commission will also educate the public through their regional and provincial staff to inform women and other groups about the need for women’s involvement in the process. The staff will also identify suitable venues, times and ways of meeting and/or communicating with the Commission. The Commission will be working closely with the Ministry of Women’s Affairs, which together with UNIFEM, is collecting inputs, holding seminars and other public education programs about the constitutional rights of women…”, siehe das Sekretariat der Verfassungskommission, The Constitution-Making Process in Afghanistan, 10. März 2003, S. 3, im Internet aufrufbar unter http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN016658.pdf, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

Konsultationen sollten einen nationalen Konsens herstellen.[88] Als dritte Einrichtung sollte die „Verfassungs- *loya jirga*" tätig werden. Ihr oblag die Überprüfung und Verabschiedung der Verfassung.

Im Folgenden soll die praktische Ausführung des Verfassungsgebungsprozesses hinsichtlich seiner Schwierigkeiten sowie der beteiligten Akteure[89] und ihrer Interessen dargestellt werden. Durch die Analyse dieses Prozesses lassen sich Rückschlüsse auf den Hintergrund der Verfassungsregelungen ziehen. Da keine Protokolle von den jeweiligen Sitzungen der verschiedenen Kommissionen existieren bzw. zugänglich sind, ist es sehr schwierig, den Prozess und die jeweiligen Interessen nachzuvollziehen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die hierzu erschienene Literatur sowie Berichte von Internationalen Organisationen und der Presse zum afghanischen Verfassungsgebungsprozess.

I. Das "Constitutional Drafting Committee"

Das „Constitutional Drafting Committee" wurde am 5. Oktober 2002 mit zweimonatiger Verspätung[90] unter der Schirmherrschaft der Übergangsregierung, die im Juni 2002 durch die "Emergency *loya jirga"* eingesetzt worden war, ernannt[91] und durch König *Zahir Schāh* in seiner Eigenschaft als „Vater der Nation" eröffnet. Zum Vorsitzenden ernannte er Professor *Naematullah Shahrani,* einen Sympathisant des Mudschahedddin-Führers *Rasul Sayyaf*[92] und Vizepräsidenten der damaligen Interimsregierung. *Shahrani* selbst gilt im afghanischen Kontext

[88] Zu den einzelnen Verfahrensschritten der Verfassungskommission siehe den Bericht der UNAMA Support Unit der Verfassungskommission, S. 4, im Internet aufrufbar unter http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN016658.pdf, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

[89] Zu den Machtkonstellationen zu Beginn des Verfassungsgebungsprozesses siehe *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 64 ff.

[90] Siehe zum ursprünglichen Zeitplan des Verfassungsgebungsprozesses den Bericht des Sekretarias der afghanischen Verfassungskommission, The Constitution-Making Process in Afghanistan, S. 10 f.

[91] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 72; *Poya*, Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan, ORIENT 2003, S. 367 (372); *Schoiswohl,* Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (27); *Walter*, Die Entstehung der Verfassung der Islamischen Republik Afghanistan, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 2010, S. 713 (735).

[92] *Abdul Rasul Sayyaf* ist der Führer einer der führenden Mudschaheddin-Gruppen in Pakistan gewesen; er wird beschuldigt, dass seine Truppen mit seinem Wissen an einem Massaker an der Hazara-Gruppe beteiligt gewesen sind, vgl. *Baraki*, Afghanistan nach „Petersberg", Blätter für internationale und deutsche Politik 2002, S. 147 (149); zur Beteiligung *Sayyafs* an Kriegsverbrechen siehe die Dokumentation des The Afghan Justice Project 2005, War Crimes and Crimes against Humanity: 1978-2001, S. 62 und 82 ff., im Internet aufrufbar unter http://afghanistanjusticeproject.org/warcrimesandcrimesagainsthumanity19782001.pdf, zuletzt aufgerufen am 24. März 2011.

als eine umstrittene Persönlichkeit.[93] Zum einen hat er gute Verbindungen zu den *ʿulamāʾ*. Auf der anderen Seite gilt er aber auch als eine Person, die traditionelle religiöse Werte und westliche oder internationale Werte gleichermaßen vertritt.[94] Das spiegelte sich auch in seiner Rede bei einem öffentlichen Treffen der Verfassungskommission am 26. November 2002 wider:

> *Afghanistan is a Muslim society, and so we will respect Muslim values. But we are also member of the international community, and want to end our isolation. The values and standards of the international community will be reflected in the constitution.*[95]

Die Mitglieder des Constitutional "Drafting Committes" befassten sich mit technischen und kaum mit politischen Fragen.[96] Die Kommission wurde in drei Abteilungen unterteilt und bestand aus einem Rechercheausschuss, einem Entwurfsausschuss und einem Ausschuss, der für die Niederschrift verantwortlich war.[97] Die neunköpfige Kommission bestand aus zwei Frauen.[98] Dabei setzte sich insbesondere der Rechercheausschuss mit den bisherigen Verfassungen Afghanistans sowie den Verfassungen anderer islamischer Staaten auseinander.[99] Ferner hat sich die Kommission von internationalen und afghanischen Rechtsexperten zu punktuellen Fragen beraten lassen.[100] In politischer Hinsicht wurde Druck

---

[93] *Walter*, Die Entstehung der Verfassung der Islamischen Republik Afghanistan, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 2010, S. 713 (735); näher dazu *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 70 ff.

[94] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 70.

[95] Zitiert nach ICG Asia Report No. 56, Afghanistan`s Flawed Constitutional Process, S. 14, im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/056%20Afghanistans%20Flawed%20Constitutional%20Process.ashx, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

[96] Vgl. *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, S. 373 (423); *Johnson/Maley/Thier/Wardak*, Afghanistan´s political and constitutional development, S. 15.

[97] *Wardak*, The Management of the Constitution-Making Process in Afghanistan, S. 1 im Internet aufrufbar unter http://www.constitutionnet.org/files/the_management_of_the_constitution_making_process_in_afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 15. März 2011.

[98] Vgl. Bericht des Generalsekretärs über die Situation von Frauen und Mädchen in Afghanistan, U.N. Doc. E/CN.6.2003/4 vom 23. Januar 2003, S. 7, im Internet aufrufbar unter http://www.law.georgetown.edu/rossrights/docs/reports/sec-genrep.pdf, zuletzt am 5. Januar 2011 aufgerufen.

[99] *Wardak*, The Management of the Constitution-Making Process in Afghanistan, S. 1; siehe dazu *Schneider*, Striking a Balance in Post-Conflict Constitution-Making, Peace, Conflict and Development: An Interdisciplinary Journal 2005, S. 174 (186 ff.).

[100] *Wardak*, The Management of the Constitution-Making Process in Afghanistan, S. 1; siehe im Einzelnen *Schneider*, Striking a Balance in Post-Conflict Constitution-Making, Peace, Conflict and Development: An Interdisciplinary Journal 2005, S. 174 (186 Fn. 32).

ausgeübt.[101] Um extreme religiöse Werte in der Verfassung zu vermeiden, wurden seitens der internationalen Gemeinschaft auf die Verfassungen westlich-orientierter islamischer Staaten wie Ägypten, Jordanien oder Malaysia verwiesen.[102]

Berichten zufolge, die der International Crisis Group vorgelegen haben, konnte während der Arbeit der Kommission kein Konsens erzielt werden, so dass sich zwei Gruppen bildeten.[103] Eine der Gruppen gehörten *Schahrani* und vier weitere Kommissionsmitglieder an, die schon universitäre Verbindungen zu *Schahrani* hatten.[104] Der zweiten Gruppe gehörten u.a. *Musa Marufi* und *Rahim Sherzoy* an. Diese hatten einige Zeit in den Vereinigten Staaten verbracht und vertraten liberalere Ansichten. Schließlich gab es zwei Entwürfe, wobei aufgrund der Mehrheitsabstimmung *Scharahnis* Entwurf favorisiert wurde. Etwaige rechtstechnische Fehler im damaligen Verfassungsentwurf und in der jetzigen Verfassung sind auch darauf zurückzuführen, dass kein Mitglied der Schahrani-Gruppe einen universitären Abschluss im säkularen Recht hat.[105] Die UNAMA hat sich offiziell bei der Formulierung des Verfassungstextes zurückgehalten.[106]

---

[101] Beispielsweise mahnte der damalige deutsche Außenminister Joschka Fischer seinen afghanischen Kollegen Abdullah Abdulah Menschen- und Frauenrechte zu beachten, siehe *Büchner*, Berlin dringt auf Rechtsstaatlichkeit in Afghanistan, Berliner Zeitung vom 7. März 2003, im Internet aufrufbar unter http://www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/2003/0307/politik/0056/index.html, zuletzt aufgerufen am 15. März 2011.

[102] *Büchner*, Berlin dringt auf Rechtsstaatlichkeit in Afghanistan, Berliner Zeitung vom 7. März 2003, im Internet aufrufbar unter http://www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/2003/0307/politik/0056/index.html, zuletzt aufgerufen am 15. März 2011; *Schneider*, Striking a Balance in Post-Conflict Constitution-Making, Peace, Conflict and Development: An Interdisciplinary Journal 2005, S. 174 (188).

[103] Im Folgenden nach ICG Asia Report No. 56, Afghanistan`s Flawed Constitutional Process, S. 14 f., im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/056%20Afghanistans%20Flawed%20Constitutional%20Process.ashx, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

[104] *Abdul Salaam Azizi* und *Mohammad Musa Ashari* hatten *Schahrani* an der Universität unterrichtet, während die beiden Damen *Asifa Kakar* und *Mukarama Scharanis* Studentinnen waren und seinen Ansichten treu folgten.

[105] *Shahrani* selbst hat nach Angaben der Internetpräsenz der afghanischen Botschaft in Oslo einen Bachelor im islamischen Recht an der Universität Kabul erlangt und absolvierte seinen Master an der Al-Azhar Universität in Kairo; später hat er ein Studium der Rechtswissenschaft an der George Washington Universität aufgenommen, dem Text ist ein Abschluss nicht zu entnehmen, siehe dazu die Internetpräsenz der Botschaft in Oslo unter http://www.afghanistanembassy.no/cat/123.aspx/70710, zuletzt aufgerufen am 25. März 2011; für diese Ansicht sprechen auch die Angaben zur Biografie Shahranis auf AfghanMania, http://base.afghanmania.com/info/biography-of-nematullah-shahrani-minister-of-haj, zuletzt aufgerufen am 25. März 2011.

[106] ICG Interview mit einem Mitarbeiter der UNAMA im Dezember 2002, zitiert nach nach ICG Asia Report No. 56, Afghanistan`s Flawed Constitutional Process, S. 15, im Internet http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-

Obwohl der Vorsitzende der Kommission *Schahrani* die Veröffentlichung des Entwurfs zuvor versprochen hatte,[107] teilte Anfang 2003 die Kommission mit, dass sie den von ihr erarbeiteten Entwurf nicht veröffentlichen wolle, um die Öffentlichkeit nicht zu polarisieren.[108] Dieser Mangel an Transparenz ist vielfach kritisiert worden.[109] Trotz der Geheimhaltung ist bekannt, dass sich der Entwurf sehr stark an der Verfassung von 1964 orientierte.[110]

II. Das "Constitutional Commitee"

Das "Constitutional Committee" wurde am 26. April 2003 eingesetzt. Der Verfassungsausschuss bestand aus Juristen, Stammesführern, Religionsgelehrten sowie aus Ökonomen und Sozialwissenschaftlern.[111] Die Mitglieder wurden nicht nach Qualifikation, sondern nach den Interessen des „Nationalen Sicherheitskabinetts" und anderer islamischer Gruppen wie *Rasul Sayyaf´s* Ittehade-Islami Afghanistan,[112] von der Übergangsregierung ausgesucht.[113] Das „*Nationale Sicherheitskabinett*" setzte sich aus den Ministern *Qanuni*, *Abdallah*, *Fahim* und *Ashraf Ghani*, zusammen. Dominierende Gruppe hierbei war die aus dem Panscher-Tal stammende *Shurā-ye Nazar*.[114] Dem Komitee gehörten insgesamt sieben Frauen an. Keine von ihnen hatte eine juristische Ausbildung abgeschlossen,[115] obwohl

asia/afghanistan/056%20Afghanistans%20Flawed%20Constitutional%20Process.ashx, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

[107] Siehe *Tarzi*, Afghanistan´s new Constitution, e-Ariana vom 6. Februar 2003, im Internet http://www.eariana.com/ariana/eariana.nsf/allDocs/C4C77AD9A30E6BA487256CB00080A782?OpenDocument, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

[108] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 72 f.

[109] *Brunet/Helal*, Seizing an Opportunity: Afghan Women and the Constitution-Making Process, S. 13, im Internet http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN016657.pdf, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

[110] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 18.

[111] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 18; *Wardak*, The Management of the Constitution-Making Process in Afghanistan, S. 2.

[112] *Matin Baraki* sieht keinen Unterschied zwischen Sayyaf und den Taliban, Gespräch mit Matin Baraki am 7. April 2011.

[113] ICG Asia Report No. 56, Afghanistan`s Flawed Constitutional Process, S. 17, im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/056%20Afghanistans%20Flawed%20Constitutional%20Process.ashx, zuletzt aufgerufen am 29. August 2010.

[114] ICG Asia Report No. 56, Afghanistan`s Flawed Constitutional Process, S. 17, im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/056%20Afghanistans%20Flawed%20Constitutional%20Process.ashx, zuletzt aufgerufen am 29. August 2010.

[115] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 74.

durchaus Frauen mit einer abgeschlosenen juristischen Ausbildung zur Verfügung gestanden hätten.[116]

Darüberhinaus arbeitete die Kommission sehr eng mit drei ausländischen Verfassungsberatern zusammen,[117] während weitere ausländische Berater zu spezifischen Verfassungsthemen, wie z.B. der Rolle des Islams, der Frage nach einer möglichen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Staatsform und zu den Rechten der Frauen Stellung genommen haben.[118] Auch in dieser Kommission wurde versucht, die technische Verfassungsberatung durch Ausländer auf ein Minimum zu halten.[119] *Lakhdar Brahimi* sah die Rolle der UN in der Verfassungsgebung in inhaltlicher Sicht darin, eine arbeitsfähige Regierung zu schaffen und dafür zu sorgen, dass internationale Standards gesichert seien.[120] Aber wie sich diese Beratung auf den Verfassungstext ausgewirkt hat, ist, im Einzelnen nicht nachvollziehbar.

In der Tat wurden – wie in dem Arbeitspapier der UNAMA vorgesehen – öffentliche Beratungsprozesse mit der Bevölkerung durchgeführt. Die Zahlen über die Teilnahme der afghanischen Bürger an den Konsultationen variieren zwischen 150.000 und 178.000.[121] Zweck der öffentlichen Beratungen war es insbesondere Manipulationen durch spezielle Interessensgruppen zu vermeiden.[122] Die Mehrheit respektierte die Festlegung der Religionsfreiheit in der Verfassung.[123] Ein Großteil von ihnen forderte eine Anerkennung der „Rechte" der

---

[116] *Walter*, Die Verfassung der Islamischen Republik Afghanistan, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 2010, S. 713 (735); *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 18, im Internet aufrufbar unter http://www.unrol.org/doc.aspx?n=constitution+making+and+UN+Experience+Report_Michele+Brandt.doc, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011.

[117] *Barnett R. Rubin* aus den Vereinigten Staaten, *Yash Pal Ghai* aus Kenia und *Guy Carcassonne* aus Frankreich, siehe *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2005, S. 373 (423).

[118] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2005, S. 373 (425).

[119] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2005, S. 373 (425).

[120] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2005, S. 373 (425).

[121] *Vergau* gibt 150.000 an, vgl. *ders.*, Manifest der Hoffnung, Vrfassung und Rech tin Übersee 2004, S. 465 (469); während in dem Bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen zur Generalversammlung von 178.000 die Rede ist, vgl. The Situation in Afghanistan and its implications for international peace and security, United Nations General Assembly Security Council, A/58/616, 3. Dezember 2003, S. 4, im Internet aufrufbar unter http://unama.unmissions.org/Portals/UNAMA/SG%20Reports/sgreportjan2010.pdf, zuletzt aufgerufen am 29. August 2010.

[122] *Wardak*, The Management oft he Constitution-Making Process in Afghanistan, S. 5.

[123] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 20. im Internet aufrufbar unter

Mudschaheddin in der Verfassung oder war kritisch im Hinblick von Frauenrechten.[124] Das zeigt, dass allein die Erhöhung der Zahl der weiblichen Teilnehmerinnen in der Kommission nicht zu einer Verbesserung der Stellung der Frau im Verfassungsentwurf geführt hat, wie es ursprünglich beabsichtigt war.

Der Beratungs- und Konsultationsprozess wurde als "*being rushed*" und "*superficial*" bezeichnet.[125] Zudem beschwerten sich einige Afghanen darüber, Frauen seien unzureichend vertreten gewesen.[126] Das ist auch insbesondere auf die schlechte Sicherheitslage zurückzuführen.[127] Schuld daran waren aber auch Planungsdefizite der UNAMA.[128] Zudem war die Zahl der Teilnehmer regional sehr unterschiedlich,[129] was ebenfalls an der schlechten Sicherheitslage in Afghanistan lag.[130] Einige westliche Diplomaten waren besorgt um den Einfluss einiger Politiker in der Regierung. Diese hatten schon den Entwurf beeinflusst, und es wurde befürchtet, sie könnten im Rahmen der öffentlichen Beratung auch noch die öffentliche Meinung manipulieren.[131]

Eine wissenschaftliche Analyse dieses Einflusses bereitet Schwierigkeiten, da der Datenverarbeitungsvorgang nicht dokumentiert wurde.[132] Die Bevölkerung hat den Verfassungsentwurf bei den Konsultationen nicht zu sehen bekommen.[133] Viele afghanische Bürger und internationale Beobachter sind der Ansicht, dass die

---

http://www.unrol.org/doc.aspx?n=constitution+making+and+UN+Experience+Report_Michele+Brandt.doc, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011.

[124] Vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 76.

[125] *Collett-White*, Delay Debate on Afghan Constitution Begins, Internet: http://www.e-arna.com/ariana/eariana.nsf/allDocs/149049B8EC1720E087256D41004DD6A5?OpenDocument zuletzt aufgerufen am 29. August 2010; *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 19.

[126] *Mirajudin/Ludin/Nazari/Nawid/Karokhel*, Consulting the People, e-Ariana vom 23.07.2003, im Internet http://e-ariana.com/ariana/eariana.nsf/allDocs/45BD3A20C425028D87256D6C0059423D?OpenDocument, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

[127] *Brunet/Helal*, Seizing an Opportunity: Afghan Women and the Constitution-Making Process, S. 13.

[128] International Crisis Group, Afghanistan´s flawed constitutional process, 12. Juni 2003, S. 19 f.

[129] International Crisis Group, Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga, S. 2; siehe auch *Suhrke/ Harpivken/Strand*, Conflictual Peacebuilding, S. 30.

[130] Vgl. *Mirajudin/Ludin/ Nazari/Nawid/Karokhel*, Consulting the People, e-Ariana vom 23.07.2003, im Internet aufrufbar unter http://eariana.com/ariana/eariana.nsf/allDocs/45BD3A20C425028D87256D6C0059423D?OpenDocument, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

[131] *Collett-White*, Delay Debate on Afghan Constitution Begins, Internet aufrufbar unter http://www.eariana.com/ariana/eariana.nsf/allDocs/149049B8EC1720E087256D41004DD6A5?OpenDocument, zuletzt aufgerufen am 29. August 2010.

[132] Vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 78.

[133] *Brunet/Helal*, Seizing an Opportunity: Afghan Women and the Constitution-Making Process, S. 13.

wichtigsten Entscheidungen hinter den Kulissen getroffen wurden.[134] Es wird behauptet, der Entwurf sei Präsident *Karzai* Ende September 2003[135] - vor der Auswertung der Meinung der Bevölkerung - vorgelegt worden.[136] Dieser ließ ihn nochmals von einem Unterkomitee der Review Commission und zwei externen Beratern[137] überarbeiten. Daraufhin wurde er 18 Tage lang vom Nationalen Sicherheitskomitee überarbeitet. Kontroverse Themen waren die Regierungsform, die Gewaltenteilung, die Rolle des Islams sowie Frauenrechte. [138] Dabei machten Diplomaten den religiösen Führern die Anforderungen der internationalen Gemeinschaft an den Inhalt der Verfassung deutlich.[139] Konservative Kräfte mussten sich damit abfinden, dass Art. 7 AfgVerf, der sich u.a. mit den von Afghanistan ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen befasst, nicht unmittelbar durch die *šarī`a* oder den Regelungen des Islams eingeschränkt wurde. Dafür wurde ihnen andernorts in der Verfassung zugestanden, die Regelungen hinsichtlich der Beachtung des Islams zu erweitern.[140] Aufgrund von Streitigkeiten innerhalb der Verfassungskommission selbst und mit einigen konservativen religiösen Kräften außerhalb der Kommission dauerten die Verhandlungen länger als ursprünglich vorgesehen.[141]

Der damalige Übergangspräsident *Karzai* und seine afghanischen Verbündeten sowie die USA nahmen sehr starken Einfluss darauf, dass dem Präsidenten viel

---

[134] International Crisis Group, Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga, S. 1, im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/B029%20Afghanistan%20The%20Constitutional%20Loya%20jirga.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Mai 2011.

[135] Eine Veröffentlichung dieses Entwurfs ist nicht ersichtlich.

[136] Vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 78 f., dabei bezieht sie sich auf ein Interview mit Dr. *Michael Pohly* am 22. Februar 2004.

[137] Diese waren Professor *Barnett Rubin*, ein amerikanischer Verfassungsexperte, und Professor *Yash Ghai*.

[138] In der Verfassungskommission wurde länger darüber debattiert, ob in der Verfassung die Republik als „islamisch" bezeichnet werden sollte. In Anbetracht der schlechten Erfahrungen mit den Taliban und ihrer Auslegung der Scharia, gehörte dieser Punkt zu den kontroversesten. Vgl. *Prohl*, Zum Verfassungsentwurf für die Islamische Republik Afghanistan, S. 3, im Internet aufrufbar unter http://www.kas.de/db_files/dokumente/laenderberichte/7_dokument_dok_pdf_3429_1.pdf, zuletzt aufgerufen am 1. April 2011; konservative islamische Gruppierungen waren mit dem Entwurf insofern nicht zufrieden, als das islamische Recht ihnen nicht uneingeschränkt in die Verfassung inkorporiert wurde, International Crisis Group, Afghanistan: The Constitutionalloya jirga, S. 1.

[139] *Rubin*, Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy 2004, S. 5 (14).

[140] Vgl. *Rubin*, Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy 2004, S. 5 (13 ff.).

[141] *Tarzi*, Why the Delay in Afghanistan´s Constitutional Loya Jirga?, RFE/RL Afghanistan Report, 18. September 2003, Vol. 2, Nummer 32, im Internet aufrufbar unter http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2003/09/32-180903.htm, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

Macht zukam.[142] In politischer Hinsicht mag dies damit zu begründen sein, dass es einer externen Macht, wie den USA, durch einen starken afghanischen Präsidenten besser möglich ist, Einfluss in Afghanistan zu gewinnen.[143] Im juristischen Kontext ist die starke Stellung des afghanischen Präsidenten auf die Stellung des Präsidenten in der US-Verfassung zurückzuführen.[144]

Aufgrund dieser Rivalitäten und Einflussnahmen wurde der Verfassungsentwurf wohl erst am 3. November 2003 erstmalig veröffentlicht.[145]

III. Die „Verfassungs-*loya jirga*"

Die „Verfassungs-*loya jirga*", die ursprünglich für Oktober 2003 geplant war, wurde auf Dezember 2003 verschoben.[146] Als offizieller Grund wurde die Bearbeitung der öffentlichen Konsultationen genannt.

Beratungen und Änderungsvorschläge in der „Verfassungs-*loya jirga*" sollten dem Verfassungsdokument Legitimität verleihen.[147] Anders als das „Constitutional Commitee" erhielt die überwiegende Zahl der Mitglieder der „Verfassungs-*loya jirga*" ihre Legitimität durch landesweite Wahlen.[148] Sie setzte sich aus 502

---

[142] Vgl. International Crisis Group, Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga, im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/B029%20Afghanistan%20The%20Constitutional%20Loya%20jirga.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Mai 2011.

[143] *Ingalls*, The New Afghan Constitution, Foreign Policy in Focus, 10. März 2004, im Internet aufrufbar unter http://www.fpif.org/articles/the_new_afghan_constitution_a_step_backwards_for_democracy, zuletzt aufgerufen am 17. März 2011.

[144] Vgl. Art. II der US-Verfassung, der Präsident ist Staatsoberhaupt, Regierungschef und Oberbefehlshaber zugleich.

[145] *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 79; ICG, Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga, S. 2 f. im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/B029%20Afghanistan%20The%20Constitutional%20Loya%20jirga.ashx zuletzt aufgerufen am 20. Mai 2011; siehe *Tarzi*, Why the Delay in Afghanistan´s Constitutional loya jirga?, RFE/RL Afghanistan Report, 18. September 2003, Vol. 2, Nummer 32, im Internet aufrufbar unter http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2003/09/32-180903.htm, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

[146] *Tarzi*, Why the Delay in Afghanistan´s Constitutional Loya jirga?, RFE/RL Afghanistan Report, 18. September 2003, Vol. 2, Nummer 32, im Internet aufrufbar unter http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2003/09/32-180903.htm, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

[147] Siehe zur Verfassungs-Loya jirga, International Crisis Group, Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga, S. 9 f, im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/B029%20Afghanistan%20The%20Constitutional%20Loya%20jirga.pdf, zuletzt aufgerufen am 19. Mai 2011.

[148] In den 32 Provinzen Afghanistans wurden jene Volksvertreter registriert, die bereits die Delegierten für die Emergency loya jirga gewählt hatten und nun 344 der insgesamt 502 Delegierten zu wählen hatten; die Wahlen für die 106 vorgesehenen Vertreter der sog. „*Special*

Mitgliedern zusammen, wobei 50 von ihnen von Karzai ernannt wurden.[149] Zudem gehörten ihr beobachtende Teilnehmer, wie Kabinettsmitglieder, der Präsident des Obersten Gerichtshofs, die Mitglieder der Verfassungskommission sowie die Präsidenten der unabhängigen Menschenrechtskommission und der Justizkommission, an.[150]

Manipulationen, Gewaltandrohungen und Stimmenkauf waren bei den Wahlen zur „Verfassungs-*loya jirga*" an der Tagesordnung.[151] Das spiegelte sich auch in der Besetzung der *jirga* wider: Informationen eines UN-Mitarbeiters zufolge waren etwa 70 % der direkt „gewählten" Abgeordneten ehemalige Mudschaheddin-Kommandanten.[152] Allein in der Provinzhauptstadt Jalalabad waren 15 der 22 gewählten Delegierten ehemalige Kommandanten der Mudschaheddin, so dass weder reformorientierte Kandidaten noch die zwei Kandidatinnen eine Chance hatten.[153] Beispielsweise musste *Homeira Rafi*, Leiterin einer Wohlfahrtsorganisation, auf ihre Kandidatur verzichten, weil sie von einem Mitglied der Provinzregierung bedroht worden war und nicht mehr für ihre Sicherheit garantiert werden konnte.[154] Auch andere Kandidaten fürchteten um ihr Leben, so dass sie an den Wahlen ebenfalls nicht teilnahmen.[155]

Category Groups", beispielsweise Flüchtlinge in Pakistan und Iran, Nomaden, Hindus und Sikhs, fanden bereits im Laufe des Novembers statt, *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (29); die gewählten Mitglieder wurden proportional zur Bevölkerungszahl in den Provinzen gewählt; siehe *Prohl*, Zum Verfassungsentwurf für die Islamische Republik Afghanistan, S. 12, im Internet aufrufbar unter
http://www.kas.de/db_files/dokumente/laenderberichte/7_dokument_dok_pdf_3429_1.pdf, zuletzt aufgerufen am 1. April 2011.

[149] 42 Mandate waren Vertretern von Flüchtlingen und Minderheiten, weitere 64 für Vertreterinnen der Frauenorganisationen reserviert, vgl. *Prohl*, Zum Verfassungsentwurf für die Islamische Republik Afghanistan, S. 12; die einzelnen Zahlen zu den Mitgliedern der loya jirga variieren in den jeweiligen Berichten, vgl. auch die Zahlen bei *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, S. 373 (427); siehe zur Zusammensetzung der jirga den „Text of Presidential Decree on Constitutional loya jirga, im Internet aufrufbar unter
http://www.google.de/search?q=Constitutional+jirga+text+of+presidential+decree&hl=de&client=firefox-a&rls=com.frontmotion:en-US:official&channel=s&source=lnt&sa=X&ei=uoN7TLSjKMm74gbB7eWEBg&ved=0CAYQpwU, zuletzt aufgerufen am 30. August 2011.

[150] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, S. 373 (428).

[151] *Baraki*, Verfassungs-Jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35.

[152] *Baraki*, Verfassungs-Jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35.

[153] *Baraki*, Verfassungs-Jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35.

[154] *Baraki*, Verfassungs-Jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35.

[155] *Ingalls*, The New Afghan Constitution, Foreign Policy in Focus, 10. März 2004, im Internet aufrufbar unter
http://www.fpif.org/articles/the_new_afghan_constitution_a_step_backwards_for_democracy, zuletzt aufgerufen am 17. März 2011.

Zur Überarbeitung der diversen Verfassungsartikel wurden zehn Kommissionen gebildet, deren Vorsitzende ausschließlich ehemalige Mudschaheddin waren.[156] Keine dieser Kommissionen wurde von einer Frau geleitet.[157] Die UN und die Verfassungsberater der Übergangsverwaltung gaben das Verfahren zur Durchführung der *loya jirga* vor.[158]

Im Laufe der „Verfassungs-*loya jirga*" gab es zwischen den rivalisierenden Gruppen heftige Auseinandersetzungen. Die Staatsform gehörte zu den umstrittensten Themen während des gesamten Verfassungsgebungsprozesses. Die Monarchisten, die die Versammlung bereits früh boykottiert hatten, favorisierten einen demokratischen Parlamentarismus, den sie im Hinblick auf das parlamentarische System der Bundesrepublik Deutschland als den „deutschen Weg" bezeichneten.[159] Die „amerikanische Fraktion" trat für ein Präsidialsystem mit einem Zwei-Kammer-Parlament ein.[160] Von den Islamisten der Nordallianz kam der Vorschlag eines Ministerpräsidenten an der Spitze der Regierung als Gegengewicht zum Staatspräsidenten.[161] Heftig diskutiert wurde auch über die Rolle des Islam.[162]

Um spannungsgeladenen Situationen aus dem Weg zu gehen, verhandelten die Teilnehmer häufig hinter verschlossenen Türen. Dort wurden auch die wichtigen Entscheidungen getroffen. Neben den Kontrahenten waren *Francesc Vendrell*, der EU-Sonderbeauftragte für Afghanistan, und *Lakhdar Brahimi,* der Sonderbeauftragte der Vereinten Nationen für Afghanistan, anwesend. Die geheimen Verhandlungen und Absprachen sowie der massive Druck durch die UNO, die USA und die EU warfen einen Schatten über die „Verfassungs-*loya jirga*".[163]

Bei den dreiwöchigen Verhandlungen wurden insgesamt 41 Artikel verändert. Die für die vorliegende Arbeit wichtigste Änderung ist die Einführung des speziellen Gleichheitssatzes, vgl. Art. 22 Abs. 2 AfgVerf.

Am 4. Januar 2004 gab *Sebgatullāh Mujaddīddī*, der Vorsitzende der „Verfassungs-*loya jirga*", bekannt, dass ein Kompromiss gefunden worden sei. Den Inhalt

---

[156] Dazu gehören *Rabbani*, *Sayyaf, Ahmad Nabi Muhammadi*, *Mohammad Tahir*, *Ayatullah Mushini*, *Maulowi Gul Muhammad,* Dr. *Mashahed*, *Farid*, *Hashmat Ghani Ahmadzai*, Bruder des Finanzministers *Ashraf Ghani, Maulowi Seyed* und *Muhammad Hanif*, zitiert nach *Gerber*, die neue Verfassung Afghanistans, S. 81.

[157] *Baraki*, Verfassungs-jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35.

[158] Vgl. *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 20, im Internet aufrufbar unter http://www.agora-parl.org/sites/default/files/Constitutional%20Assistance%20in%20Post-Conflict%20Countries.pdf, zuletzt aufgerufen am 16. April 2011.

[159] *Baraki*, Verfassungs-Jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35.

[160] *Baraki*, Verfassungs-Jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35.

[161] *Baraki*, Verfassungs-Jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35.

[162] Siehe hierzu den Bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen A/59/581–S/2004/925 vom 26. November 2004, para. 4.

[163] Vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 81.

dieses Kompromisses gab er allerdings nicht bekannt.[164] Stattdessen bat er alle Mitglieder der *loya jirga*, sich zu erheben. Als die Mehrheit der Aufforderung nachgekommen war, wurde dies als Zustimmung gewertet und es wurden keine weiteren Wortmeldungen mehr zugelassen.[165] Eine formale Abstimmung fand nicht statt. Präsident *Hamid Karzai* nahm in seiner abschließenden Rede vor der *loya jirga* wie folgt Stellung zu der Verfassung:

> *[T]he constitution is not the Koran. If five or ten years down the line we find that stability improves, proper political parties emerge, and we judge that a parliamentary system can function better, then a loya jirga can at a time of our choosing be convened to adopt a different system of government.*[166]

Teilweise wird behauptet, der Text der Verfassung habe bereits einen Tag nach Abschluss der *loya jirga* in englischer Sprache vorgelegen, allerdings nicht in den afghanischen Amtssprachen Paschto oder Dari.[167] Andere behaupten im Gegenteil, dass es sich um einen „afghanischen Prozess" gehandelt habe und der Indikator hierfür sei, dass der Entwurf in Dari vorgelegen habe.[168] Im Nachhinein ist schwer feststellbar, wie sich der Einfluss der internationalen Gemeinschaft konkret auf die Formulierung der Verfassung ausgewirkt hat.[169] Aber das breite internationale Engagement während des gesamten Verfassungsgebungsprozesses gilt als Indiz für den Einfluss der beteiligten internationalen Akteure auf den Verfassungstext.[170]

IV. Die Rolle der UNAMA im Verfassungsgebungsprozess

Gemäß dem Bonner Abkommen bestand auch im Verfassungsgebungsprozess die Aufgabe der UNAMA darin, die Übergangsverwaltung in dem Prozess zu unterstützen, während die Detailentscheidungen von der Übergangsregierung getroffen wurden.[171] Darüber hinaus sah die UNAMA ihre Rolle insbesondere in der technischen Unterstützung des Prozesses, inklusive der Koordination der Hilfe der internationalen Gemeinschaft.[172] Weiterhin bildete die UNAMA eine

---

[164] *Baraki*, Verfassungs-Jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35 (36).
[165] *Baraki*, Verfassungs-Jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35 (36).
[166] *Hamid Karzai*, "Address to the Closing Session of the Constitutional loya jirga", 4. Januar 2004, zitiert nach *Rubin*, Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy, Vol. 15 Nr. 3 (2004), S. 5 (19).
[167] *Baraki*, Verfassungs-jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35 (38).
[168] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, S. 373 (425).
[169] *Schoiswohl,* Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (30 f.).
[170] *Schoiswohl,* Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (31).
[171] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 25.
[172] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 25.

„Constitutional Support Unit", auch „Support Unit" genannt. Diese bestand ursprünglich aus einem UN-Mitarbeiter und einem afghanischen Verwaltungshelfer. Beide hatten allerdings keinerlei Erfahrungen im Bereich der Verfassungsgebung.[173] Daher stellte die Asia Foundation zusätzlich zwei Verfassungsberater unterstützend zur Verfügung. Deren Aufgabe war es, den Beteiligten auf der afghanischen Seite diverse Modelle zur Verbesserung des Prozesses der verschiedenen Stufen der Verfassungsgebung zu veranschaulichen.[174] Die letzte Entscheidung hinsichtlich jeglicher Prozesse sollte von den Afghanen selbst getroffen werden.

Aber auch wenn *Lakhdar Brahimi* formal keine entscheidende Rolle zukam, hatte er dennoch eine sehr weitgehende beratende Funktion.[175] Das beinhaltete beispielsweise die Vorgehensweise bei den Wahlen der Mitglieder der Verfassungs-*loya jirga* und die Rolle der Vereinten Nationen auf der *jirga*.[176] Die Ergebnisse dieser Beratungen wurden von Präsident *Karzai* per Dekret erlassen.[177] So waren einige Mitarbeiter der UNAMA ständig auf der *loya jirga* präsent, überwachten die Diskussionen in den jeweiligen Kommissionen und gaben jeweils Hilfestellungen.[178] *Michele Brandt*, die als Verfassungsberaterin in Afghanistan tätig gewesen ist, beschreibt die Rolle des UN-Sonderbeauftragten aufgrund seiner guten Beziehungen zu Afghanistan in der „Verfassungs-*loya jirga*" wie folgt:

> *In Afghanistan, on the other hand, sovereignty was vested in Afghan institutions from the outset and the SRSG[179] was welcomed to play a more direct mediation role in the Constitutional loya jirga. Through his good offices he mediated during stalemates between different sub-national groups and positively influenced the final content of the constitution regarding international standards and the rights of minorities and women. The role the SRSG played did not jeopardize the public's perception of the Constitutional loya jirga as a sovereign body or the final constitution as an Afghan drafted and negotiated instrument.*[180]

Diese Angaben divergieren jedoch von anderen, die einen starken Druck der Vereinten Nationen insbesondere auf einzelne Versammlungsteilnehmer kritisieren.[181]

---

[173] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 25.
[174] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 26.
[175] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 26.
[176] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 26.
[177] Zum Inhalt des Dekrets über die Zusammensetzung der „Verfassungs-*loya jirga*" siehe *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 20.
[178] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 26.
[179] Special Representative of the Secretary-General.
[180] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 26.
[181] Siehe *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 81.

V. Bewertung des Verfassungsgebungsprozesses

Die Analyse der verschiedenen Phasen der Verfassungserzeugung zeigt gravierende praktische, rechtsstaatliche und demokratietheoretische Probleme bei der Durchführung des Verfassungsgebungsprozesses auf. Im Vordergrund des Verfassungsgebungsprozesses steht die Frage nach der Legitimation, denn schließlich legitimiert der Verfassungsgebungsprozess die Verfassung selbst,[182] d.h. die Verfassung gilt u.a. deshalb und wird befolgt, weil sie als legitim empfunden wird.[183] In der afghanischen Verfassungsgeschichte war es die *loya jirga*, die allen Verfassungen bis 1987 Legitimität verliehen hat. Aus dieser historischen Erfahrung folgend, ist die Verabschiedung der neuen Verfassung durch die loya jirga unabdingbar gewesen.

Ein wichtiges Ziel der Verfassung von 2004 war es, demokratische Regierungsinstitutionen zu errichten. Der Übergang zu einer pluralistischen Demokratie wird nicht nur durch ihre Verankerung in der Verfassung gesichert, vielmehr sollte die Verfassung selbst auf demokratischem Wege verabschiedet werden.[184] Über diese politischen Anforderungen hinaus lässt sich das Recht auf eine demokratische Verfassungsgebung positiv-rechtlich aus Art. 25 lit a) IPbpR ableiten. Danach hat jeder Staatsbürger das Recht und die Möglichkeit, ohne Diskriminierung „an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen." Die Menschenrechtskommission hat in dem Fall *Marshall vs. Canada* zum ersten Mal aus Art. 25 lit. a) IPbpR das Recht auf Teilnahme an der Verfassungsgebung als „öffentliche Angelegenheit" im Sinne dieser Norm qualifiziert.[185] Zur Ausgestaltung der Partizipation hat die Menschenrechtskommission ausgeführt, dass es dem Rechts- und Verfassungssystem des Staates obliegt, diese zu bestimmen. Es sprengt den Rahmen der Arbeit, die Vereinbarkeit der von der UNAMA vorgegebenen Schritte des Verfassungsgebungsprozesses mit den Vorgaben des Art. 25 lit a) IPbpR zu überprüfen. Aber auch wenn sie formal die Voraussetzungen an eine demokratische Verfassungsgebung erfüllten, weist jedenfalls die praktische Ausführung der Verfassungsgebung in dem „Constitutional Drafting Committee", dem „Constitutional Committee" und der „Verfassungs-*loya jirga*" Demokratiedefizite auf. Ein Grund hierfür ist - wie bereits ausgeführt - die Zusammensetzung des Entwurfskomites und der

---

[182]*Hart*, Democratic Constitution Making, S. 12, im Internet aufrufbar unter http://www.usip.org/files/resources/sr107.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Oktober 2011.

[183] *Winterhoff*, Verfassung-Verfassungsgebung-Verfassungsänderung, S. 144.

[184] *Hart*, Democratic Constitution Making, S. 3, im Internet aufrufbar unter http://www.usip.org/files/resources/sr107.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Oktober 2011.

[185] Siehe Human Rights Committee, CCPR/C/43/D/205/1986, 3. Dezember 1991, Rn. 5.4; ferner bestimmt die Kommission in ihren Allgemeinen Bemerkungen vom 12. Juli 1996, dass "citizens also participate directly in the conduct of public affairs when they choose or change their constitution", siehe Human Rights Committee CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, General Comment No. 25, Rn. 6.

Verfassungskommission: Die Auswahl der Mitglieder durch die Übergangsregierung spricht gegen ihre demokratische Legitimation. Schließlich ist die Übergangsregierung selbst nicht demokratisch legitimiert gewesen, so dass die Kommissionsmitglieder ihre demokratische Legitimation auch nicht von der Übergangsregierung ableiten konnten: In der „Emergency-*loya jirga*“[186] wurden verfahrensmäßig bedenkliche Absprachen zwischen den USA und der UN auf der einen Seite und den Kommandanten der Nordallianz auf der anderen Seite getroffen: Damit die Nordallianz dem von den USA favorisierten Präsidenten *Karzai* treu blieb, sicherte man ihr Ministerposten in der Übergangsregierung zu.[187] Diese Versammlung, die als Geburtsstunde der Demokratie Afghanistans gelten sollte, weist daher Legitimationsdefizite auf.[188] Im Verfassungsgebungsprozess ist demnach eine demokratisch produzierte Legitimationskette nicht begründet worden. Praktische Folge war insbesondere, dass paschtunische Stammesangehörige keinen repräsentativen Einfluss auf den Verfassungsentwurf nehmen konnten. Die personelle Zusammensetzung und die im Anschluss an die Verfassungsgebung durchgeführte „Revision“ durch *Karzai* und seinen Beratern prägten maßgeblich den Charakter des Verfassungsentwurfs. Wie im Falle Ost-Timors bestimmte nicht die Auswertung der öffentlichen Konsultationen den Inhalt der Verfassung, sondern Absprachen hinter verschlossenen Türen.[189] Um dem Prozess Legitimität zu verleihen, wäre die Wahl der Mitglieder der Verfassungskommission durch die „Verfassungs-*loya jirga*“ wünschenswert gewesen. Die Auswahl der Mitglieder erfolgte ferner nicht nach Qualifikation, sondern nach rein politischen Interessen und wurde maßgeblich durch Vetternwirtschaft bestimmt. Fehlende rechtstechnische Kenntnisse der nicht hinreichend qualifizierten Mitglieder haben zu Schwierigkeiten bei der Formulierung der Verfassung beigetragen.

Des Weiteren mangelt es dem Verfassungsgebungsprozess an Transparenz. Der Verfassungsentwurf wurde über Monate hinweg vor der Öffentlichkeit geheim gehalten. Auch in der „Verfassungs-*loya jirga*“ hat sich dieser Mangel fortgesetzt, da auch dort bei sensiblen Fragen im Hintergrund agiert wurde. Ein UNAMA Mitareiber hat dieses Vorgehen wie folgt gerechtfertigt:[190] Ein breiteres

---

[186] Die Emergency *loya jirga* hat die Übergangsregierung im Juni 2002 eingesetzt, siehe dazu *Rubin*, Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy 2004, S. 5 (9 ff.).

[187] *Ingalls*, The New Afghan Constitution, Foreign Policy in Focus, 10. März 2004, im Internet http://www.fpif.org/articles/the_new_afghan_constitution_a_step_backwards_for_democracy, zuletzt aufgerufen am 17. März 2011.

[188] Vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 63.

[189] *Brandt*, Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, S. 20.

[190] Im Folgenden ICG Interview mit der UNAMA Constitutional Support Unit am 26. März 2003, zitiert nach ICG Asia Report No. 56, Afghanistan`s Flawed Constitutional Process, S. 21, im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/056%20Afghanistans%20Flawed%20Constitutional%20Process.ashx, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

öffentliches Vorgehen würde sowohl Gefahren für die Kommissionsmitglieder als auch für die öffentlich abgehaltenen Veranstaltungen mit sich bringen. Zum zweiten würde die Gefahr bestehen, dass öffentliche Diskussionen zum Anschlagsziel von Extremisten werden könnten. Schließlich würde die Öffentlichkeit durch eine Auseinandersetzung mit der Verfassung verwirrt. Sicherlich sind die Organisatoren des Prozesses sehr sensibel mit dem Thema Sicherheit umgegangen, allerdings reicht die Begründung der Verwirrung der Öffentlichkeit nicht, um die Veröffentlichung des Verfassungsentwurfs zu unterlassen. Das afghanische Volk hat dadurch die womöglich einmalige Chance verpasst, die Verfassung in einem transparenten Prozess zu beratschlagen. Diese fehlende Transparenz ist mitursächlich für das Misstrauen der Bevölkerung gegenüber der Verfassung.

Ferner erschwerte der Druck durch die im Bonner Abkommen festgesetzte zeitliche Grenze die Verfassungserzeugung. Danach sollte innerhalb von 18 Monaten nach der Errichtung der Übergangsverwaltung die verfassungsgebende *loya jirga* einberufen werden, um die neue Verfassung zu verabschieden.[191] Im Vergleich zu den öffentlichen Konsultationen zur südafrikanischen Verfassung von 1997[192], die zwei Jahre dauerten, hatte die afghanische Verfassungskommission nur zwei Monate Zeit. Der Verfassungsgebungsprozess selbst hat in Südafrika insgesamt sieben Jahre (1989-1996) gedauert. Auch für Afghanistan wäre es wünschenswert gewesen, den Zeitraum für die Verfassungserzeugung zu verlängern und zunächst eine Art „Übergangsverfassung“ zu bestimmen. Dies war allerdings für die Vereinten Nationen keine Option:

> *I think many of us in the UN feel that it is better to proceed and achieve an imperfect result than delay waiting for perfection which we will never realize.*[193]

Frauen waren seit dem Bonner Abkommen bis hin zu allen weiteren Stadien des Verfassungsgebungsprozesses nicht hinreichend vertreten. Dafür hätten bessere Bedingungen geschaffen werden müssen.[194] Unter diesen Umständen darf es nicht verwundern, wenn die ausdrückliche Erwähnung der Geschlechter in dem im November veröffentlichten Verfassungsentwurf gefehlt hat. Die Unterrepräsentanz von Frauen ist auch im Hinblick auf die Resolution 1325 des Sicherheitsra-

---

[191] Kapitel I (6) des Bonner Abkommens.

[192] Die Verfassung Südafrikas gilt in vielerlei Hinsicht als Vorbild für andere Staaten, *Hart*, Democratic Constitution Making, S. 7; zum Entstehungsprozess der südafrikanischen Verfassung siehe *Holzer*, Integration durch Verfassung, S. 43 ff.; *Holle*, Das Verfassungsgericht der Republik Südafrika, S. 35 ff; *Lücke*, Die Entstehung der neuen südafrikanischen Verfassung, JöR 1999; *Venter*, Aspects of the South African Constitution of 1996, ZaöRV 1997, S. 51 (52, 55 ff).

[193] *Nigel Fisher*, Stellvertretender Sonderbeauftragte des Generalsekretärs in Afghanistan (DSRSG), UNAMA, Press Briefing, Kabul, July 10, 2003, zitiert nach *Brunet/Helal*, Seizing an Opportunity: Afghan Women and the Constitution-Making Process, S. 6.

[194] So auch *Brunet/Helal*, Seizing an Opportunity: Afghan Women and the Constitution-Making Process, S. 14.

tes[195] kritisch zu betrachten. Diese spricht sich für die Stärkung der Teilnahme von Frauen unter anderem in allen Stadien eines Friedensprozesses aus. Dazu gehört auch der Prozess der Verfassungsgebung. Entsprechende Vorschläge der Vertreter der afghanischen Zivilgesellschaft bezüglich der Zusammensetzung der „Verfassungs-*loya jirga*" hat es auch gegeben.[196]

In politischer Hinsicht war der Verfassungsgebungsprozess von den Machtinteressen der afghanischen Gruppierungen auf der einen Seite und denen der USA auf der anderen Seite geprägt. Während alle Seiten versucht haben sich selbst Vorteile zu verschaffen, wurden verfassungstechnische Probleme stark vernachlässigt. Bei den Regelungen der Verfassung handelt es sich daher meist um „erzwungene Kompromisse".[197] Die in den Verfassungsregelungen enthaltenen Vereinbarungen bergen die Gefahr, dass politischen Erfordernissen zu Lasten rechtlicher Systemtauglichkeit Vorrang eingeräumt wird und zu wenig auf die langfristige Umsetzbarkeit der Verfassungsnormen, sondern eher auf nicht in letzter Konsequenz durchdachte Formallösungen abgestellt wird.[198]

Weder der UNAMA noch der afghanischen Übergangsverwaltung ist es gelungen, einen Prozess zu schaffen, der auf Legitimität, Transparenz, Sicherheit, Qualifikation und Geschlechtersensibilität beruht.[199] Der Verfassungsgebungsprozess spiegelt letztlich die bittere afghanische Realität wider, da die Situation im Land zur Zeit der Verfassungsgebung zu komplex und zu fragil war,[200] als dass ein nach perfekter Vorstellung idealisierter Prozess hätte stattfinden können. Trotz all dieser Umstände ist die Tatsache, dass die Verfassung von 2004 nach einem verfassungsrechtlichen Vakuum verabschiedet worden ist, nicht zu unterschätzen. Nach Jahrzehnten des permanenten Krieges wurde versucht, Afghanistan ein tragfähiges rechtliches Fundament zu geben.[201] Damit verfügt das Land nunmehr über jene rechtliche Basis, die für die weitere Entwicklung hin zu einem Rechtsstaat unverzichtbar ist.[202]

---

[195] S /RES/1325 vom 31. Oktober 2000.

[196] Siehe dazu *Brunet/Helal*, Seizing an Opportunity: Afghan Women and the Constitution-Making Process, S. 15 ff.

[197] Vgl. *Baraki*, Verfassungs-Jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35 (38).

[198] *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (23); siehe dazu die folgenden Ausführungen dieser Arbeit.

[199] So auch *Brunet/Helal*, Seizing an Opportunity: Afghan Women and the Constitution-Making Process, S. 26.

[200] *Rubin*, Transitional justice and human rights in Afghanistan, International Affairs 79 (2003), S. 567 (573).

[201] *Gauster*, Konflikttransformation und Staatsbildung in Afghanistan, in: Feichtinger/Jureković, Internationales Konfliktmanagement im Fokus, S. 187 (221).

[202] *Gauster*, Konflikttransformation und Staatsbildung in Afghanistan, in: Feichtinger/Jureković, Internationales Konfliktmanagement im Fokus, S. 187 (223).

C. Problem: Interpretation der afghanischen Verfassung

Die Verfassung aus dem Jahre 2004 besteht aus einer Präambel und 162 Artikeln, die auf 12 Kapitel verteilt sind. [203] Art. 1 AfgVerf erklärt Afghanistan zur islamischen Republik. Kapitel 2 der Verfassung enthält einen Grundrechtekatalog mit 38 Artikeln. Die Rechte und Pflichte der Bürger werden größtenteils aus der Verfassungstradition, insbesondere aus der Verfassung von 1964, übernommen.[204]

In inhaltlicher Sicht lässt die Verfassung viel Interpretationsspielraum:[205] Während Art. 22 Abs. 2 AfgVerf konstituiert, dass Frau und Mann vor dem Gesetz gleiche Rechte und Pflichten haben, darf nach Art. 3 kein Gesetz den Bestimmungen der heiligen Religion des Islam widersprechen. Zudem hat der Staat die von Afghanistan ratifizierten internationalen Abkommen zu beachten (Art. 7 AfgVerf). Damit kommt der die Verfassungsbestimmungen interpretierenden Instanz ein großer Entscheidungsspielraum zu. Die Verfassung klärt nicht, welcher Instanz diese Befugnis zukommt. Zum einen hat der Oberste Gerichtshof nach Art. 121 die Normenkontrollkompetenz, zum anderen wurde im vergangenen Jahr (2011) nach Art. 157 der Verfassung die „Unabhängige Kommission zur Überwachung der Anwendung der Verfassung" eingesetzt. Ferner überwacht der Staatspräsident die Anwendung der Verfassung. Daher ist zu untersuchen, welche Institution nach geltendem Recht das Auslegungsmonopol über die afghanische Verfassung hat.

Mangels bekannter Auslegungsmethoden für die afghanische Verfassung ist in einem zweiten Schritt eine eigenständige Methodik der Verfassungsinterpretation zu entwickeln. Die Methoden der Verfassungsinterpretation sind auch deswegen entscheidend, da auch die Reichweite der institutionellen Verfassungsinterpretation grundsätzlich von ihnen abhängt.[206]

I. Die Bestimmung der interpretierenden Instanz

1. Keine Verfassungsgerichtsbarkeit

Verfassungsinterpretationen können durch diverse Gruppen, Verbände und Staatsorgane vorgenommen werden. Sie sind Verfassungsinterpreten im „weiten" Sinne.[207] Die „Letztverantwortung" liegt jedoch in Deutschland und in vielen anderen Verfassungsstaaten bei der interpretierenden Verfassungsgerichtsbarkeit.

---

[203] Generell zur Verfassung von 2004 siehe *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 50 ff.; *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 ff.
[204] So auch *Gerber,* Die neue Verfassung Afghanistans, S. 118.
[205] Vgl. auch *Yassari/Saboory*, Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, S. 273 (299).
[206] Vgl. *Schlaich/Korioth,* Das Bundesverfassungsgericht, S. 9; *Stern,* Staatsrecht I, S. 123 ff.
[207] So *Häberle*, Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation, ERPL 2000, S. 867 (887).

Sie hat im Streitfall und auf zulässigen Antrag hin verbindlich über den Verfassungsstreit zu entscheiden. Die aktuelle afghanische Rechtsordnung kennt keine Verfassungsgerichtsbarkeit. Auch ist sie der afghanischen Verfassungsgeschichte fremd. Während des Verfassungsgebungsprozesses wurde von vielen Experten und internationalen Beratern sowie reform-orientierten Exilafghanen empfohlen, ein Verfassungsgericht vorzusehen.[208]

Nach Angaben vom *John Dempsey* und *Alexander Thier* beinhaltete der Entwurf der „Constitutional Drafting Commission" den folgenden Art. 146:[209]

> *The Constitutional High Court has the following authorities:*
>
> *Examining the conformity of laws, legislative decrees and international agreements and covenants with the Constitution.*
>
> *Interpretation of the Constitution, laws and legislative decrees.*[210]

Nach dieser Regelung hatte das Verfassungsgericht ausdrücklich die Befugnis zur Verfassungsinterpretation. Der Novemberentwurf der Verfassung schweigt hingegen zum Thema Verfassungsgerichtsbarkeit. Nach internen Berichten heißt es, insbesondere *Karzais* Vertreter hätten in der Verfassungskommission gegen das Bestehen eines Verfassungsgerichts abgestimmt.[211] Dieser habe in dem vorgesehenen Verfassungsgericht eine „vierte Gewalt" im Staat gesehen.[212] Ferner habe die *loya jirga* befürchtet, es könne eine dem iranischen Wächterrat ähnliche Institution entstehen.[213] Ein entscheidender Unterschied eines nach dem damaligen Art. 146 vorgeschlagenen Verfassungsgerichts gegenüber dem iranischen Wächterrat ist jedoch, dass die Kompetenzen des letzteren weitreichender sind. Zwar überprüft der Wächterrat zunächst nur die Beschlüsse der Islamischen Beratenden Versammlung auf ihre Verfassungs- und Islamkonformität[214] und hat die Kompetenz zur Interpretation der iranischen Verfassung.[215]

---

208 Vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 105, allerdings ohne Quellenangabe.

209 *Dempsey/Thier*, Resolving the Crisis over Constitutional Interpretation in Afghanistan, S. 1, im Internet aufrufbar unter http://www.usip.org/files/resources/USIP_0309_2.PDF, zuletzt aufgerufen am 2. April 2012.

210 Der Verfasserin liegt jedoch der betreffende Entwurf nicht vor.

211 Vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 106.

212 Siehe *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (485).

213 Diese Aussage traf Prof. Dr. *Mohammad Hashim Kamali* in dem vom Heidelberger Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht organisierten Doppelsymposium zu den Themen „Constitutional Law in Muslim Countries" sowie „Challenges for the Afghan Constitution – Impulses from a Comparative Perspective" im Februar 2009 in Dubai, siehe dazu den Tagungsbericht von *Aryobsei*, Constitutional Law in Muslim Countries, VRÜ 2009, S. 130 (137); vgl. ferner *Dempsey/Thier*, Resolving the Crisis over Constitutional Interpretation in Afghanistan, S. 1 f.

214 Art. 72, 91, 96 IranVerf.

215 Art. 98 IranVerf.

Weitere Funktionen sind jedoch die Wahlen zur Expertenversammlung,[216] die Präsidentschaftswahlen, die Beaufsichtigung der Wahlen zur Islamischen Beratenden Versammlung und der Volksbefragungen. Schließlich prüft der Wächterrat auch die Eignung der Präsidentschaftskandidaten vor den Wahlen. Hinsichtlich des geplanten Verfassungsgerichts waren über die in dem Entwurf des Art. 146 hinausgehenden Kompetenzen zu keinem Zeitpunkt vorgesehen.

In Anbetracht des weiten Interpretationsspielraumes, den die Verfassung lässt, wäre die Errichtung eines Verfassungsgerichts notwendig gewesen.[217] Die bisherige Entwicklung in Afghanistan seit Verabschiedung der Verfassung zeigt, dass sich keine nennswerte rechtswissenschaftliche Diskussion zu verfassungsrechtlichen Fragen entwickelt hat. Ein Verfassungsgericht, das mit konkreten Problemen der Verfassungsinterpretation konfrontiert wird, könnte wichtige Impulse für die inhaltliche und methodische Implementation der Verfassung in die Rechtswirklichkeit setzen.

2. Keine ausdrückliche Regelung zur Verfassungsinterpretation in der Verfassung

Die afghanische Verfassung nennt ausdrücklich drei Institutionen, die sich mit Verfassungsfragen beschäftigen dürfen, den Obersten Gerichtshof,[218] die „unabhängige Kommission zur Überwachung der Einhaltung der Verfassung“[219] (Verfassungskommission) und den Staatspräsidenten.[220] Im Folgenden sollen die Kompetenzen des Obersten Gerichtshofs, der Verfassungskommission sowie des Staatspräsidenten vorgestellt werden. Ferner soll bestimmt werden, welcher dieser Institutionen nach der geltenden Rechtslage die Interpretationskompetenz zukommen sollte.

a. Der Oberste Gerichtshof (OGH)

aa. Allgemeine Kompetenz

In Art. 116 Abs. 3 AfgVerf heißt es: „Der Oberste Gerichtshof steht als höchstes richterliches Organ an der Spitze der Justiz der Islamischen Republik Afghanis-

---

[216] Der Expertenversammlung steht die Ernennung und Absetzung des religiösen Führers zu, Art. 108, 111 IranVerf., zitiert nach *Shirvani*, Der Wächterrat im institutionellen Kontext der iranischen Verfassung, VRÜ 2010, S. 244 (250).

[217] So auch der stellvertretende afghanische Justizminister Dr. *Mohammad Qasim Hashimzai* in seinem Vortrag Heidelberger Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht organisierten Doppelsymposium zu den Themen „Constitutional Law in Muslim Countries“ sowie „Challenges for the Afghan Constitution – Impulses from a Comparative Perspective“ im Februar 2009 in Dubai, siehe dazu den Tagungsbericht von *Aryobsei*, Constitutional Law in Muslim Countries, VRÜ 2009, S. 130 (136).

[218] Art. 121 AfgVerf.

[219] Art. 157 AfgVerf.

[220] Art. 64 Nr. 1 AfgVerf.

tan",[221] Ihm wurde die Gerichtsbarkeit über folgende Bereiche zugeteilt:[222] Die allgemeine Strafrechtskammer, die öffentliche Sicherheitskammer, die Kammer für Bürgerrechte und Öffentliches Recht und schließlich die handelsrechtliche Kammer.[223] Zudem obliegt ihm die Verwaltung der Justiz.[224] Ferner hat er gem. Art. 95 AfgVerf Gesetzentwürfe, die den Bereich der Judikative betreffen, auszuarbeiten. Im Rahmen der Verfassungsinterpretation ist seine Befugnis zur Normenkontrolle nach Art. 121 AfgVerf zentral. Dieser lautet:

> *Zu den Befugnissen des Obersten Gerichtshofs gehören auf Ersuchen der Regierung oder der Gerichte die Überprüfung der Gesetze, Gesetzeserlasse, internationalen Verträge und Konventionen auf Übereinstimmung mit der Verfassung und deren Auslegung nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen.*

bb. Zusammensetzung

Der OGH besteht aus neun Richtern, die vom Präsidenten nominiert und vom Parlament bestätigt werden. Diese Regelung ist im internationalen Vergleich nicht neu.[225] Auch der amerikanische Präsident ernennt in den USA die Richter des Supreme Courts mit Zustimmung des Senats.[226] Zudem können die Richter nicht ohne weiteres abgesetzt werden.[227]

Die Richter müssen mindestens 40 Jahre alt sein, dürfen keiner politischen Partei angehören und müssen einen Abschluss der Rechtswissenschaft oder islamischer Rechtslehre vorweisen können. Gemäß Art. 117 Abs. 1 S. 1 AfgVerf werden drei Mitglieder des OGH erstmalig für die Dauer von vier Jahren, drei für sieben Jahre sowie drei weitere für zehn Jahre ernannt. Spätere Ernennungen erfolgen für eine Amtszeit von zehn Jahren.[228] Die Bedingungen für das Amt des Richters am OGH werden in Art. 118 AfgVerf aufgelistet. Danach muss ein Mitglied „über höhere Bildung in der Rechtswissenschaft bzw. im islamischen

[221] Zur afghanischen Gerichtsorganisation siehe *Armytage*, Justice in Afghanistan, ZaöRV 2007, S. 185.

[222] Art. 18 Gerichtsorganisationsgesetz; das Gerichtsorganisationsgesetz spricht von „dewan". Eine sinngemäße deutsche Übersetzung wäre der Begriff der „Kammer".

[223] Die englische Übersetzung des afghanischen Gerichtsorganisationsgesetzes ist auf der Seite des Heidelberger Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht zu finden, http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdf/civil_procedure_code_1990_et.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Februar 2011.

[224] Gem. Art. 132 AfgVerf ist der für Personalangelegenheiten der Richterschaft und u.a. für die Auswahl der Richter der unteren Instanzgerichte zuständig. Ferner ist er nach Art. 125 AfgVerf für die Aufstellung und Verwaltung des Budgets der Justiz zuständig.

[225] *Moschtaghi*, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 2008, S. 509 (513).

[226] Artikel II, Sektion 2 der Verfassung vom 17. September 1987.

[227] Eine Absetzung der Richter kann nur im Rahmen des Amtsenthebungsverfahrens unter den Voraussetzungen des Art. 127 erfolgen.

[228] Art. 117 Abs. 1 S. 2 AfgVerf.

Recht sowie über ausreichende Kompetenz und Berufserfahrung im afghanischen Rechtssystem verfügen". Theoretisch ist daher auch ein Szenario vorstellbar, dass alle Mitglieder im islamischen Recht ausgebildet worden sind und über keinerlei Kenntnisse im geltenden staatlichen Recht verfügen. Im Vergleich dazu besteht lediglich die Hälfte der Mitglieder des iranischen Wächterrats aus muslimischen Rechtsgelehrten, während die andere Hälfte im weltlichen Recht ausgebildet sein muss.[229] Gem. Art. 26 des Gerichtsorganisationsgesetzes gehören dem OGH zudem Berater an, wobei deren Anzahl 36 nicht überschreiten soll.[230]

Gesetzlich ist kein selbständiger „Dewan" (Kammer) im OGH für Verfassungsangelegenheiten vorgesehen. Die meisten Richter des OGH werden keine Gelegenheit gehabt haben, sich fachlich mit Verfassungsfragen zu beschäftigen und werden kaum Erfahrungen besitzen, um auf diesem Wege einen Verfassungsstreit angemessen zu lösen.[231]

cc. Geschichtlicher Abriss

Der Oberste Gerichtshof wurde erstmalig in der afghanischen Geschichte durch den Artikel 98 der Verfassung aus dem Jahre 1964 konstituiert.[232] Eine Befugnis zur Verfassungsinterpretation hatte er danach allerdings nicht. Dies änderte sich in der Verfassung von 1977. Dort wurde zum ersten Mal in Art. 135 AfgVerf einem Gericht die Interpretationskompetenz erteilt:

> *The competent authority for the interpretation of this constitution shall be the Supreme Court.*

Von diesem fortschrittlich zu wertenden Ansatz haben sich die Verfassungen von 1987 und 1990 entfernt. Zur Verfassungsauslegung bestimmten diese einen „Constitutional Council",[233] der über die Normenkontrolle hinaus nur beratend tätig war. Art. 123 AfgVerf 1987 und 1990 bestimmte die Aufgaben des Rates wie folgt:

---

[229] Art. 91 der iranischen Verfassung regelt die personelle Zusammensetzung des Wächterrates. Danach besteht er aus zwölf Mitgliedern (sechs islamischen Rechtsgelehrten und sechs Juristen aus den verschiedenen Gebieten des Rechts).

[230] Vgl. dazu *Moschtaghi*, Organisation and Jurisdiction of the Newly Established Afghan Courts, Max Planck UNYB 2006, S. 531 (561 f.).

[231] Vor diesem Hintergrund unterstützt das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg afghanische Richter mit weiteren internationalen Partnern den Obersten Gerichtshof bei der Ausbildung für die Anwärter zum Richteramt, siehe zur Projektbeschreibung die Internetpräsenz des Heidelberger Max-Planck-Instituts, im Internet aufrufbar unter http://www.mpil.de/ww/de/pub/forschung/forschung_im_detail/glob_wisstransf/afghanistan_projekt/die_projekte/unt_train.cfm, zuletzt aufgerufen am 9. April 2012.

[232] Art. 98 S. 1 AfgVerf 1964 lautet: "The Judiciary consists of a Supreme Court and other Courts, the number of which shall be determined by law."

[233] Art. 122 – 126 der Verfassung von 1987 und 1990.

The Constitution Council shall exercise the following powers:

Evaluate the conformity of laws, legislative decrees and international treaties with the constitution.

Give legal advices to the president on constitutional matters.

Im Vergleich zur Befugnis des Obersten Gerichtshofs in der Verfassung von 1977 ist die Kompetenz des Rates in der Verfassung von 1987 und 1990 eingeschränkt worden. Während die Verfassung von 1977 pauschal die Befugnis zur Verfassungsauslegung dem Obersten Gerichtshof zuweist, ist der Verfassungsrat lediglich im Normenkontrollverfahren rechtsverbindlich tätig.

dd. Art. 121 AfgVerf und Verfassungsinterpretation

Fest steht, dass eine ausdrückliche Kompetenz zur allgemeinen Verfassungsinterpretation nicht aus Art. 121 AfgVerf zu entnehmen ist. Es wird zwar von „deren Auslegung" gesprochen, diese Formulierung bezieht sich jedoch auf die vorgenannten Gesetze, Gesetzeserlasse und internationalen Verträge und Konventionen.

Hinsichtlich der Verfassungsinterpretation ist zwischen dem Anwendungsbereich der Normenkontrolle nach Art. 121 AfgVerf sowie den Fällen, die nicht diesem Anwendungsbereich unterliegen, zu unterscheiden. Im Rahmen der Normenkontrolle ist der OGH verpflichtet, die Verfassung auszulegen. Es ist offensichtlich, dass der OGH die Verfassungsmäßigkeit bzw. –widrigkeit der genannten Akte nicht feststellen kann, wenn der Inhalt der Verfassung selbst nicht bestimmt ist. Daher ergibt sich die Interpretationskompetenz des Gerichtshofs in diesen Fällen aus der Natur der Sache. Verfassungsrechtlich nicht geregelt ist die Interpretationskompetenz über die Fälle des Art. 121 AfgVerf hinaus. Dies kommt insbesondere in zwei Fällen in Betracht: Zum einen bei einer abstrakten Anfrage zum Inhalt der Verfassung und zum anderen im Falle eines Organstreitverfahren.[234] Wird der Oberste Gerichtshof dennoch in diesen Fällen tätig, handelt es sich um einen *ultra-vires* Akt, da er damit seine verfassungsrechtlich verankerten Kompetenzen überschreitet.

Ausgehend von diesem Dilemma wurde auf Initiative des OGH versucht,[235] einfachgesetzlich durch eine Änderung des Gesetzes über die Organisation und

[234] *Thier*, The Status of Constitutional Interpretation in Afghanistan, S. 3.
[235] Gem. Art. 95 AfgVerf hat u.a. der Oberste Gerichtshof das Gesetzesinitiativrecht in Fällen, in denen „es sich um die Regelung von Angelegenheiten der Judikative handelt".

Zuständigkeit der Justiz[236] die Interpretationskompetenz des Gerichtshofs zu begründen. Art. 24 sollte wie folgt geändert werden:[237]

The Supreme Court High Council shall have the following jurisdiction within the scope of drafting, organizing, proposing and interpreting laws:

1. Assess the conformity of laws, legislative decrees, international treaties and conventions with the Constitution upon a request from the government or courts and issue the necessary decisions.

2. Interpret the Constitution, laws and legislative decrees upon request from the government or courts.

3. ….

Dieser Vorschlag konnte sich jedoch im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen. Der Wortlaut des Art. 121 AfgVerf birgt weitere Unklarheiten: Zunächst ist unklar, ob die Interpretation des OGH bindend oder lediglich feststellend ist. Es geht daraus ferner nicht hervor, ob verfassungswidrige Gesetze für nichtig erklärt werden können. In diesem Zusammenhang könnte der Grundgedanke des Art. 162 Abs. 2 AfgVerf herangezogen werden. Danach sind mit Inkrafttreten dieser Verfassung Gesetze und gesetzliche Erlasse, die ihren Bestimmungen widersprechen, ungültig. Demnach müsste auch dem Obersten Gerichtshof die Befugnis zukommen, verbindlich über die Ungültigkeit von Gesetzen zu entscheiden.[238]

ee. Verfassungsrechtlicher Status

Für das Organ der Judikative muss ferner klar gestellt werden, ob es sich um ein Verfassungsorgan handelt. Nach der deutschen Staatsrechtslehre sind Verfassungsorgane oberste Staatsorgane, die in ihrer Existenz, in ihrem Status und in ihren wesentlichen Kompetenzen in der Verfassung nicht bloß erwähnt, sondern von ihr unmittelbar ausgestaltet werden.[239] Zudem müssen sie an der Gesamtwillensbildung des Staates beteiligt sein.[240] Beim OGH handelt es sich nach dieser Definition um ein Verfassungsorgan, da es in der Verfassung nicht nur erwähnt, sondern durch die Regelungen der Art. 116 ff. AfgVerf unmittelbar ausgestaltet ist. Als höchstes richterliches Organ ist er auch an der Gesamtwillensbildung des

---

[236] Gesetz über die Organisation und Zuständigkeit der Justiz der Islamischen Republik Afghanistan (qānūn-e tashkilāt va salāhiat-e mohākem-e qoveje qasā-je jomhurie-je eslāmi-je afghānestan) vom 21. März 2005, veröffentlicht im Offiziellen Anzeiger Nr. 2851.

[237] Im Folgenden *Dempsey/Thier*, Resolving the Crisis over Constitutional Interpretation in Afghanistan, S. 4.

[238] So auch *Grote* Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (912).

[239] *Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, S. 24.

[240] *Maurer*, Staatsrecht I, S. 371.

Staates beteiligt. Statusrechtliche Folge seiner Verfassungsorganqualität ist u.a. die Anzahl seiner Mitglieder und deren Amtsdauer. Im Kernbereich darf die Rolle des OGH nicht durch einfaches Gesetz geändert werden, vgl. Art. 123 AfgVerf.

ff. Die Praxis der Verfassungsinterpretation des Obersten Gerichtshofs

Von der Normativität der verfassungsrechtlichen Bestimmungen abgesehen, ist die Praxis bezüglich der Auslegung der Verfassungsinterpretation entscheidend. Die folgenden Fälle machen exemplarisch deutlich, dass der OGH und Präsident *Karzai* von einer umfassenden Interpretationsbefugnis des OGH ausgehen.[241] Diese Sichtweise bestätigte auch der Richter *Bahauddin Baha* in einem Gespräch mit der Verfasserin.[242] Seiner Ansicht nach fällt die Verfassungsinterpretation in den Kompetenzbereich des OGH. Dieser könne rechtsverbindliche Entscheidungen in offenen Verfassungsfragen treffen.

(1) Das Gutachten im Spanta-Fall[243]

Der *Spanta*-Fall brachte eine heftige Diskussion über die Kompetenzen des Obersten Gerichtshofs mit sich.[244] Auslöser war das Misstrauensvotum der Volksvertretung (Wulesi Jirga) gegenüber dem damaligen Außenminister Spanta gem. Art. 92 AfgVerf. Das Unterhaus hatte am 10. Mai 2007 den Minister für Flüchtlingsfragen und den Außenminister *Spanta* zur Befragung einbestellt. Hintergrund der Befragung war die Massenausweisung afghanischer Flüchtlinge aus der Islamischen Republik Iran. Den Ministern wurde seitens des Unterhauses vorgeworfen, die Ausweisungen nicht verhindert zu haben. Daher sollte ein Misstrauensvotum gegen sie ausgesprochen werden. Dafür ist gem. Art. 92 Abs. 3 S. 2 AfgVerf die Mehrheit der Mitglieder des Parlaments erforderlich. Da bei der

---

[241] Dazu *Dempsey/Thier*, Resolving the Crisis over Constitutional Interpretation, im Internet aufrufbar unter http://www.usip.org/files/resources/USIP_0309_2.PDF, zuletzt aufgerufen am 9. April 2011.

[242] Gespräch am 9. März 2010 in Kabul.

[243] Gutachten des Obersten Gerichtshofs vom 02. Juni 2006, Anlage zu dem Schreiben Nr. 1513 des Obersten Gerichtshofs vom 12/03/1386 (02. Juni 2007) an den Staatsminister für parlamentarische Angelegenheiten, zitiert nach *Moschtaghi*, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 2008, S. 509 (511, Fn. 10); siehe ferner *Nawa*, Afghanistan: Supreme Court to decide Foreign Minister`s Fate, Eurasianet, 28. Mai 2007, im Internet aufrufbar unter http://www.asiaviews.org/index.php?option=com_content&view=article&id=23886:reportalias5061&catid=2:regional-news-a-special-reports&Itemid=9, zuletzt aufgerufen am 11. März 2011.

[244] Zur ausführlichen Analyse des Gutachtens siehe *Moschtaghi*, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 2008, S. 509 ff.

ersten Abstimmung die Gültigkeit einer Stimme umstritten war,[245] sind insgesamt zwei Abstimmungen erfolgt. Nachdem der Minister für Flüchtlingsfragen freiwillig zurückgetreten war, wurde am 12. Mai 2007 erneut abgestimmt. Dabei wurde die erforderliche Mehrheit der Mitglieder des Unterhauses erreicht. Als der Staatspräsident *Hamid Karzai* sich weigerte, seinen Außenminister zu entlassen, wurde in seinem Auftrag ein Gutachten des Obersten Gerichtshofs beantragt.

Inhaltlich sollte Folgendes geklärt werden: Zunächst sollte überprüft werden, ob die Begründung des Unterhauses, der Minister habe keine ausreichenden Anstrengungen gegen die Ausweisung unternommen, den Anforderungen einer Begründung nach Art. 92 Abs. 3 S. 1 AfgVerf gerecht werde. Zudem sollte geprüft werden, ob nach einer umstrittenen ersten Abstimmung eine zweite erfolgen könne. Schließlich sei zu klären, ob die Stimme derjenigen Delegierten, die bei der ersten Abstimmung nicht anwesend waren, gezählt werden durfte. Der OGH stellte fest, dass das Misstrauensvotum verfassungswidrig sei, da kein sachlicher Grund vorgelegen habe.[246] Voraussetzung dafür sei das Vorliegen einer Pflichtverletzung.[247] Eine solche habe der Außenminister nicht begangen. Ferner seien Verfahrensvorschriften innerhalb der Volksvertretung nicht beachtet worden.[248] Dieses Gutachten wurde von einigen Parlamentsmitgliedern nicht anerkannt, da es nicht in den Kompetenzbereich des OGH falle, über diese Fragen zu entscheiden.[249]

---

[245] Von den 248 Mitgliedern waren bei der ersten Abstimmung 195 anwesend. 125 waren demnach für einen erfolgreichen Antrag notwendig. Schließlich wurde mit 125 Stimmen für einen Misstrauensanstrag gezählt, wobei die Gültigkeit einer Stimme umstritten war.

[246] *Moschtaghi*, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 2008, S. 509 (516).

[247] *Moschtaghi* kritisert zu Recht, dass das Verfahren eines Misstrauensvotums keiner Pflichtverletzung bedürfe. Das begründet er damit, dass es sich eben nicht um ein justizförmiges Verfahren handele. Eine solche Voraussetzung könne auch nicht aus dem Begriff des „sachlichen Grundes“ aus Art. 92 Abs. 3 AfgVerf abgeleitet werden. Lediglich unsachliche Gründe, wie zum Beispiel die ethnische oder religiöse Zugehörigkeit sollten zu einem Ausschluss des Misstrauensvotums führen. *Ders.,* Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 2008, S. 509 (527 ff.).

[248] Der OGH hält die erste Abstimmung für unwirksam, da sie die Grundsätze des „anerkannten Verfahrens des Unterhauses“ verstoßen würde. Vgl. Gutachten des Obersten Gerichtshofs, S. 4 Nr. 30, zitiert nach *Moschtaghi*, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 2008, S. 509 (517). Wie das „anerkannte Verfahren“ zu verlaufen hat, wird nicht erläutert. Auch die erneute Zustimmung am 12. Mai 2007 hält der OGH für unwirksam. Siehe zu den einzelnen Gründen die ausführliche Darstellung bei *ders.*, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 2008, S. 509 (517 ff.), die Kritik hierzu erfolgt auf den S. 530 ff.).

[249] *Dempsey/Thier*, Resolving the Crisis over Constitutional Interpretation, im Internet aufrufbar unter http://www.usip.org/files/resources/USIP_0309_2.PDF, zuletzt aufgerufen am 9. April 2011; *Moschtaghi* kommt zu dem Ergebnis, dem Obersten Gerichtshofs sei es im Rahmen des Gutachtens mehr darum gegangen, die Kompetenzen des Unterhauses gegenüber der Regierung möglichst weitgehend einzuschränken, als eine konkrete Rechtsfrage zu lösen. Es habe es

In der Tat ist die Zuständigkeit des Gerichts fehlerhaft, da es sich bei einem Misstrauensvotum weder um ein Gesetz noch um einen Gesetzeserlass nach Art. 121 AfgVerf handelt.[250] Ohne nähere Begründung beruft sich das Gericht auf seine Kompetenz nach Art. 121 AfgVerf.[251] Mit der Erstellung des Gutachtens ist der Oberste Gerichtshof in diesem Falle *ultra-vires* tätig geworden.

Der *Spanta*-Fall zeigt, dass eine wichtige Voraussetzung der institutionellen Verfassungsinterpretation ihre Anerkennung durch alle drei Staatsgewalten ist. Auch wenn ein Gutachten keinerlei rechtliche Auswirkungen hat, würde es bei einem respektierten Gericht im Streitfall von den streitenden Parteien zur Lösung des Konflikts herangezogen werden. Im Kontext dieses Falls ist das jedoch nicht geschehen, da das Parlament die Entscheidungsgewalt des Obersten Gerichtshofs nicht anerkannt hat.

(2) Verlängerung der Amtszeit des Präsidenten

Ein weiterer Fall ist die Verlängerung der Amtszeit des Präsidenten *Karzai* im Jahr 2009. Hier hat der Oberste Gerichtshof die Amtszeit des Präsidenten *Hamid Karzai* im März 2009 über das reguläre Ende seiner Amtszeit bis zu den verschobenen Präsidentschaftswahlen verlängert. Gem. Art. 61 Abs. 2 S. 1 AfgVerf endet die Amtszeit des Staatspräsidenten am 22. Mai des fünften Jahres nach den Wahlen.[252] Nach S. 2 findet die Wahl zum neuen Staatspräsidenten innerhalb von dreißig bis sechzig Tage vor dem Ende der Amtszeit des amtierenden Staatspräsidenten statt. Die Neuwahlen mussten wegen Verzögerungen auf den 20. August 2009 gelegt werden.[253] Als Grund für die Verzögerungen nannte der Präsident die

---

verpasst sich als eine von der Exekutive und vor allem vom Staatspräsidenten unabhängige Institution zu erweisen. Vgl. *ders.*, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 2008, S. 509 (534).

[250] So auch *Moschtaghi*, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 2008, S. 509 (518 ff.).

[251] *Moschtaghi*, Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöRV 2008, S. 509 (518).

[252] In den Berichten internationaler Organisationen werden unterschiedliche Zeiten hinsichtlich des Endes der regulären Amtszeit von Präsident Karzai angegeben; beispielsweise gibt *Kühn* April für das Ende der Amtszeit an, *ders.* Afghanistan: Neuer alter Präsident vor ungewisser Zukunft, German Institute of Global and Area Studies, Nummer 10 2009, S. 2, im Internet aufrufbar
http://www.gigahamburg.de/dl/download.php?d=/content/publikationen/pdf/gf_nahost_0910.pdf, zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2011; währenddessen gibt Democracy International den Juli 2009 als Ende der Amtszeit an, U.S. Election Observation Mission to the Afghan Presidential and Provincial Council Elections 2009, S. 12, im Internet aufrufbar unter http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PDACQ679.pdf, zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2011.

[253] *Kühn*, Afghanistan: Neuer alter Präsident vor ungewisser Zukunft, German Institute of Global and Area Studies, Nummer 10 (2009), S. 2, im Internet aufrufbar unter
http://www.giga-

schwierigen Bedingungen im Land, insbesondere die Sicherheitslage und den lang andauernden Winter, der den Transport der Stimmzettel erschwerte.[254] Auch diese Aufgabe ist offensichtlich nicht von Art. 121 AfgVerf umfasst, da es sich hierbei nicht um eine Normenkontrolle handelt und stellt daher einen *ultra-vires*-Akt dar. Umso erstaunlicher ist die Reaktion des US-Außenministeriums, das diese Entscheidung des Obersten Gerichtshofs begrüßt hat.[255]

b. Die „Kommission zur Überwachung der Einhaltung der Verfassung"

aa. Allgemeine Kompetenz

Die Existenz der „Kommission zur Überwachung und Einhaltung der Verfassung" (Verfassungskommission) ist in Art. 157 AfgVerf geregelt. Dieser lautet wie folgt:

> *Eine unabhängige Kommission zur Überwachung der Einhaltung der Verfassung wird nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen gebildet.*
>
> *Die Mitglieder dieser Kommission werden vom Staatspräsidenten mit Zustimmung der Volksvertretung ernannt.*

Diese Regelung wurde im Verlauf der „Verfassungs-*loya jirga*" - ohne über ihre Modalitäten zu sprechen - von einigen Befürwortern des Verfassungsgerichts eingeführt.[256] Nähere Ausgestaltung findet die Verfassungskommission einfachgesetzlich in dem im Jahre 2008 verabschiedeten „Gesetz über die unabhängige Kommission zur Überwachung und Einhaltung der Verfassung"[257] (Verfassungskommissionsgesetz).

Die Befugnisse der Verfassungskommission sind in Art. 8 dis Verfassungskommissionsgesetzes geregelt:

> *For the purpose of a better supervision of the application of the provisions of the Constitution, the Commission shall have the following duties and authorities:*

---

hamburg.de/dl/download.php?d=/content/publikationen/pdf/gf_nahost_0910.pdf, zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2011.

[254] German Institute of Global and Area Studies, Nummer 10 2009, S. 2,

[255] siehe dazu XINHUANET-news vom 30. März 2009, U.S. welcomes Afghan Supreme Court's ruling to extend Karzai's term, imIntrnet aufrufbar unter http://news.xinhuanet.com/english/2009-03/30/content_11102945.htm, zuletzt aufgerufen am 30. April 2011.

[256] So *Dempsey/Thier*, Resolving the Crisis over Constitutional Interpretation in Afghanistan, S. 2.

[257] Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg hat eine englische Übersetzung des Gesetzes vornehmen lassen; allerdings handelt es sich dabei um eine nicht-offizielle Übersetzung, im Internet aufrufbar unter http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdf/law_on_organization_and_jurisdiction_of_courts_of_the_islamic_republic_of_afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 13. August 2010.

(1)[258]

(2) Supervision of the observance and application of the provisions of the Constitution by the President, Government, National Assembly, Judiciary, the administrations, institutions and state and non state organizations;

(3) Providing legal advice relating to issues arising from the Constitution to the President and National Assembly;

(4)[259]

(5) Providing specific propositions to the President of the Republic and to the National Assembly in the area of taking measures for the development of legislation in cases where the constitutiondemands it;

(6) Reporting to the President of the Republic any observation of a violation of and deviance

from the provisions of the Constitution;

(7) Approving the related13 drafts and internal procedures.

Demnach steht der Verfassungskommission weiterhin die Aufsicht über die Anwendung der Verfassungsregelungen zu.[260] Ferner bietet sie Verfassungsberatung für den Präsidenten und die Nationalversammlung an (Abs. 3). Im Gesetzgebungsverfahren hat die Kommission die Aufgabe, der Regierung und der Nationalversammlung spezifische Vorschläge zum Gesetzesentwurf zu unterbreiten (Abs. 5). Zudem unterliegt sie als „Überwachungsorgan" der Berichtspflicht gegenüber dem Präsidenten im Falle der Beobachtung von Verfassungsrechtsverletzungen (Abs. 6). Von Bedeutung könnten insbesondere die Befugnis zur Überwachung der Umsetzung der Verfassung nach Abs. 2 sowie die beratende Funktion bezüglich Verfassungsfragen nach Abs. 5 sein.

bb. Zusammensetzung

Sechs Jahre nach Inkrafttreten der Verfassung hat die Wolesi jirga (Volksvertretung) am 9. Juni 2010 fünf Mitglieder der Kommission nach Art. 157 AfgVerf

---

[258] Abs. 1 wurde von dem „High Council" des Obersten Gerichtshofs für unvereinbar mit der Verfassung erklärt. Die englische Fassung lautet wie folgt: "Interpretation of the provisions of the Constitution on the request of the President, National Assembly, Supreme Court and the Government."

[259] Auch Abs. 4 wurde für verfassungswidrig erklärt. Der englische Text lautet wie folgt: "Studying the existing laws for the purpose of discovering the inconsistencies with the constitution and presenting those tot he President and National Assembly for them to take decisions to resolve them."

[260] Vgl. Art. 8 Abs. 2 Verfassungskommissionsgesetz.

einberufen.[261] Bis dato existierte die Verfassungskommission nicht. Grundsätzlich soll die Verfassungskommission aus sieben Mitgliedern bestehen, die vom Präsidenten nominiert werden und von der Volksvertretung für vier Jahre bestätigt werden.[262] Die Anforderungen an die Mitglieder der Kommission sind ähnlich wie die für den Obersten Gerichtshof. Nach Art. 5 Abs. 2 des Verfassungskommissionsgesetzes ist für die Mitgliedschaft eine "… higher education in legal sciences or Islamic jurisprudence at master´s level or the equivalent" erforderlich. Zudem wird in Abs. 3 mindestens eine fünfjährige Berufserfahrung erwartet. Auch hier wird deutlich, dass ein Alternativverhältnis zwischen der Ausbildung in weltlichen Recht und der religiösen Ausbildung besteht.

cc. Fehlende Interpretationskompetenz

Nach dem derzeitigen Rechtsstand steht der Verfassungskommission keine Befugnis zur Interpretaion der Verfassung zu. In der ursprünglichen Fassung des Art. 8 Abs. 1 des Verfassungskommissionsgesetzes, war eine solche Befugnis vorgesehen:

> …*Interpretation of the provisions of the Constitution on the request of the President, National Assembly, Supreme Court and the Government*…

Problematisch ist diese Norm in verfassungsrechtlicher Hinsicht dahingehend, als es zu Kollisionen mit Art. 121 AfgVerf in den Fällen kommen kann, in denen der OGH im Rahmen seiner Befugnis zur Normenkontrolle interpretierend tätig wird. Aus diesem Grund hat der OGH die geplante Regelung für verfassungswidrig erklärt.[263]

Zahlreiche Mitglieder der Wolesi jirga (Volksvertretung) befürworten eine Ausdehnung der Kompetenzen der Verfassungskommission in Richtung der Befugnisse eines Verfassungsgerichts.[264] Es gibt jedoch auch Stimmen, die sich

---

[261] USAID, MPs approve members of Constitution commission amids legislative executive standoff on interpretation powers, Vol. 3, No. 16, 14 June 2010, S. 1, im Internet aufrufbar unter http://www.cid.suny.edu/APAP_Newsletter/2010/APAP_Newsletter_June.14.10.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Oktober 2010.

[262] Art. 4 Abs. 1 des „Gesetzes über die unabhängige Wahlkommission zur Überwachung der Einhaltung der Verfassung".

[263] Das ergibt sich bisher leider nur aus der Fn. 11 der inoffiziellen Übersetzung des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht zum Gesetz über die Unabhängige Kommission zur Überwachung der Einhaltung der Verfassung, im Internet aufrufbar unter http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdf/law_on_organization_and_jurisdiction_of_courts_of_the_islamic_republic_of_afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 13. August 2010.

[264] USAID, MPs approve members of Constitution commission, Vol. 3, No. 16, 14 June 2010, S. 2, im Internet aufrufbar unter http://www.cid.suny.edu/APAP_Newsletter/2010/APAP_Newsletter_June.14.10.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Oktober 2011.

gegen eine Interpretationskompetenz der Kommission aussprechen. So meint *Kabir Ranjbar*, Vorsitzender der Kommission zur Überprüfung der Umsetzung von Gesetzen:

> *The WJ has no power to assign the authority of this commission, and secondly, the nominees are not well qualified. They will dance to any tune President Karzai plays.*"[265]

Ob sich diese Befürchtungen bewahrheiten, hängt von der konkreten Zusammensetzung und der Arbeit der Kommission ab.

dd. Verfassungsrechtlicher Status

Anders als dies beim OGH angenommen wurde, erfüllt die Verfassungskommission nicht die Verfassungsorganqualität nach der o.g. Definition,[266] da lediglich ihre Existenz und das Vorschlagsrecht für ihre Ernennung in der Verfassung geregelt werden, nicht aber ihre wesentlichen Kompetenzen.[267] Darüber hinaus ist zu klären, ob es sich hierbei um ein Judikativ- oder Exekutivorgan handelt. Eine Kategorisierung als Legislativorgan scheidet schon von vornherein aus, da die Kommission nicht rechtssetzend tätig wird.

Als ein Judikativorgan kann die Verfassungskommission dann qualifiziert werden, wenn es sich bei ihr um ein auf gesetzlicher Grundlage beruhendes, mit Juristen besetztes, dauerhaft eingerichtetes Organ handeln würde, das am Maßstab des Rechts Entscheidungen trifft.[268] Die Verfassungskommission beruht auf gesetzlicher Grundlage, ist mit Juristen besetzt und dauerhaft eingerichtet. Problematisch ist aber das Erfordernis, dass am Maßstab des Rechts die Entscheidungen getroffen werden müssen. Am Maßstab der Verfassung hat sie zwar eine generelle Überwachungs- und Beratungsfunktion. Eine klassische Rechtsprechungsfunktion kommt ihr jedoch nicht zu, da sie weder im Einzelfall tätig wird und zudem keine letztverbindliche Entscheidung in konkreten Streitfällen trifft. Gegen die Qualifizierung eines Judikativorgans spricht auch, dass sich die Verfassungsgeber für die Wortwahl „Kommission" und nicht „Gericht" entschieden haben. Auch die verfassungsrechtliche Stellung des BVerfG wird der Legislative zugeordnet, da insbesondere die Begrifflichkeit „Gericht" benutzt wird und im Grundgesetz in dem Abschnitt über die Rechtsprechung konstituiert ist.[269] Auch die systematische Stellung des Art. 157 AfgVerf spricht gegen eine Qualifizierung als ein Organ der Judikative: Art. 157 AfgVerf steht nicht im

---

[265] USAID, MPs approve members of Constitution commission, Vol. 3, No. 16, 14 June 2010, S. 3, im Internet aufrufbar unter http://www.cid.suny.edu/APAP_Newsletter/2010/APAP_Newsletter_June.14.10.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Oktober 2011.

[266] Kapitel 2 C. I. 2.a. ee.

[267] Vgl. *Stern,* Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, S. 24.

[268] *Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, S. (660 f).

[269] *Maurer*, Staatsrecht I, S. 625.

Kapitel 7 über die Justiz, sondern im Kapitel 11, das den Titel „Verschiedene Bestimmungen" trägt.

Fraglich ist aber auch, ob es sich bei ihr um ein Exekutivorgan handelt. Nach der deutschen Staatsrechtslehre bezieht sich der Wirkungsbereich der Exekutive auf den Gesetzesvollzug, die Gestaltung im gesetzesfreien Raum und die Gesetzesvorbereitung.[270] Zwar überwacht die Kommission die Einhaltung der Verfassungsbestimmungen bezüglich des in Art. 8 Abs. 2 des Verfassungskommissionsgesetzes genannten Kreises; um einen Gesetzesvollzug handelt es sich dabei aber nicht. Auch die Gestaltung im gesetzesfreien Raum ist von ihren Befugnissen nicht umfasst. Der einzige Aspekt, der bezüglich der Kommission als Exekutivaufgabe in Betracht zu ziehen ist, ist die Unterbreitung spezifischer Vorschläge für den Präsidenten und der Nationalversammlung nach Art. 8 Abs. 5. Allerdings sind diese Maßnahmen nicht konkret genug, um sie als Gesetzesvorbereitung zu bezeichnen. Damit handelt es sich bei der Verfassungskommission auch nicht um ein Exekutivorgan.

Angesichts der Tatsache, dass die Konzeption der Kommission nicht in den typischen Bereich einer der drei Gewalten fällt, wird die Kommission hier als ein Staatsorgan *sui generis* qualifiziert. Dadurch erinnert die Verfassungskommission an den französischen „Conseil constitutionnel" (Verfassungsrat) dessen verfassungsrechtliche Status früher auch nicht geklärt war.[271] Heute wird er von der herrschenden Meinung als „Gericht" angesehen.[272]

c. Der Staatspräsident

aa. Allgemein

Als weiteres Organ zur Auslegung der Verfassung kommt der Staatspräsident in Betracht.[273] Nach Art. 60 Abs. 1 S. 1 AfgVerf erstrecken sich die Kompetenzen des Präsidenten auf die Exekutive, Legislative und Judikative zugleich (Art. 60 AfgVerf).[274] Ein Vergleich mit der US-Verfassung, nach der die Macht des Präsidenten auf den Bereich der Exekutive beschränkt ist, macht die gewichtige Stellung des afghanischen Präsidenten deutlich.[275] Diese Stellung ist darauf

---

[270] *Maurer*, Staatsrecht I, S. 592.

[271] *Shirvani*, Der Wächterrat im institutionellen Kontext der iranischen Verfassung, VRÜ 2010, S. 244 (255).

[272] *Mels*, Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel, S. 91 ff.

[273] Generell zur Rolle des Staatspräsidenten siehe *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (904-907).

[274] Siehe zur Rolle des Präsidenten in der horinzontalen Gewaltenteilung *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (904 ff.). *Grote,* meint der Präsident der Islamischen Republik Afghanistan habe nach der Verfassung von 2004 so viel Macht wie der König und der Premierminister zusammen nach der Verfassung von 1964.

[275] Vgl. *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (905).

zurückzuführen, dass im Verfassungsgebungsprozess *Hamid Karzai* und seine Berater das parlamentarische System durch das in der aktuellen Verfassung konstituierte Präsidialsystem ersetzt haben. Zur Begründung hieß es, dass Afghanistan unter den gegebenen instabilen Verhältnissen eine starke Zentralregierung bräuchte.[276] Der Präsident ist somit mit einer Reihe von Befugnissen ausgestattet, während ihm eine schwache Legislative und Judikative gegenüber steht.[277]

bb. Auslegung der Verfassung im Rahmen der Gesetzesunterzeichnung

Nach Art. 64 Nr. 1 AfgVerf überwacht der Staatspräsident die Anwendung der Verfassung. Diese Regelung erinnert an die Verfassung von 1964, in der der König als Staatsoberhaupt als „Wächter der Verfassung" bestimmt wurde.[278] Diese ist wiederum auf die französische Verfassung vom 4. Oktober 1958 zurückzuführen, denn auch nach ihrem Art. 5 wacht der Präsident über die Einhaltung der Verfassung.[279]

Im Folgenden ist daher zu klären, wie sich das „Überwachen" konkret ausgestaltet. Legt man den Begriff weit aus, so setzt diese Tätigkeit die Auslegung der Verfassung bei Unklarheiten und allgemein wegen ihrer sprachlichen Abstraktionshöhe voraus.[280] Damit würde dem Präsidenten eine die Verfassung interpretierende Funktion zukommen. Eine die Regelung des Art. 64 Nr. 1 AfgVerf konkretisierende Norm könnte Art. 64 Nr. 16 AfgVerf darstellen. Danach unterzeichnet der Präsident Gesetze und gesetzgebende Verordnungen. Diese Befugnis könnte dem Präsidenten in Verbindung mit der Überwachungsfunktion nach Art. 64 Nr. 1 AfgVerf das Recht verleihen, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Die Prüfung der Verfassungskonformität setzt die

[276] *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (904).
[277] Die Befugnisse und Pflichten des Präsidenten werden vor allem in Art. 64 Nr. 1 – 21 AfgVerf aufgezählt. Er ist oberster Befehlshaber der Armee, er überwacht die Umsetzung der Verfassung, trägt die Verantwortung für Entscheidungen im Verteidigungsfall, unterzeichnet Gesetze, erlässt Dekrete, ernennt Diplomaten, hohe Militärs, Polizei, Geheimdienst und hohe Beamte. Ferner ernennt er ein Drittel der Mitglieder des Oberhauses und die Gouverneure der Provinzen. Für wichtige Posten benötigt er allerdings die Bestätigung der Wulesi Dschirga (Ministerposten, Richter des Obersten Gerichtshofs, des Generalstaatsanwalts, für den Vorsitz der Zentralen Bank, des Geheimdienstes und des Roten Halbmonds). Zudem gibt es Bereiche, für die die Zustimmung des gesamten Parlaments erforderlich ist (Richtlinienpolitik, Waffenstillstandserklärungen, Erklärung und Beendigung des Notstands und Entsendung von Streitkräften ins Ausland), vgl. *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 94 f.
[278] Vgl. auch *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (904); siehe zum Bundespräsident als Hüter der Verfassung *Mehlhorn*, Der Bundespräsident, S. 68.
[279] Siehe dazu *Kohlhammer*, Völkervertragsrecht in der französischen Rechtsordnung, S. 94.
[280] Vgl. *Koch*, Methoden zum Recht, S. 59.

Interpretation der Verfassung in dem konkreten Fall voraus. Allerdings würde es sich hierbei um eine präventive Kontrolle handeln.

Um das Ausmaß des Prüfungsrechts des Präsidenten klären zu können, ist die Regelung über das Zustandekommen von Gesetzen nach Art. 94 AfgVerf zu beachten. Gemäß Art. 94 Abs. 1 AfgVerf kommt grundsätzlich ein Gesetz durch Beschluss beider Kammern der Nationalversammlung und Unterzeichnung durch den Staatspräsidenten zustande. Stimmt der Staatspräsident allerdings nicht der Vorlage der Nationalversammlung zu – z.B. im Falle der Verfassungswidrigkeit des Gesetzesentwurfs – kann er sie innerhalb einer Frist von fünfzehn Tagen unter Angabe von Gründen an die Volksvertretung zurückverweisen. Nach Ablauf der Frist bzw. nach nochmaligem Beschluss der Volksvertretung mit Zweidrittelmehrheit aller Mitglieder gilt diese Gesetzesvorlage als unterschrieben und tritt in Kraft.[281] Eine Unterzeichnung durch den Staatspräsidenten ist nicht mehr erforderlich, sondern wird fingiert. Damit ist seine Überprüfungskompetenz hinsichtlich der Gesetze im Falle einer parlamentarischen Zweidrittelmehrheit beschränkt.[282] Einen nochmaligen Beschluss des Parlaments kann er auch nicht mit einer Auflösung des Parlaments beantworten, da er dazu keine Macht hat.

Für die Fälle, in denen keine Zweidrittelmehrheit erreicht wird, bleibt zu klären, ob dem Präsidenten ein uneingeschränktes Prüfungsrecht zukommt. Für die deutsche Rechtsordnung ist die Überprüfungskompetenz des Bundespräsidenten im Rahmen der Ausfertigung von Gesetzen vielfach diskutiert worden.[283] Im Kern geht es hierbei um die Frage, in welchem Umfang der Bundespräsident bei der Gesetzesausfertigung nach Art. 82 I 1 GG berechtigt ist, die ihm zur Ausfertigung vorgelegten Normen auf ihre formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Das sog. formelle Prüfungsrecht ist weitgehend unbestritten.[284] Die materielle Prüfungskompetenz, d.h. die Kompetenz zur

[281] Art. I Abschn. 7 der US-Verfassung sieht auch vor, dass im Falle einer Zweidrittelmehrheit im Kongress das Veto-Recht des Präsidenten gehemmt wird.

[282] Als Beispiel für die Fiktion der Unterzeichnung des Präsidenten ist das Gesetz zur Stabilität und Versöhnung (sog. „Amnestie-Gesetz") zu sehen. Das afghanische Parlament hatte im Jahre 2007 dieses Gesetz erlassen, wonach alle vor dem Ende der Taliban-Zeit verübten Kriegsverbrechen und Menschenrechtsverletzungen ungesühnt bleiben sollten. *Karzai* wollte das Gesetz nicht unterzeichnen, aber durch die Zweidrittelmehrheit im Parlament war seine Unterschrift nicht mehr erforderlich, siehe Focus-Online, Amnestie-Gesetz in Kraft getreten, 16. März 2010, im Internet aufrufbar unter http://www.focus.de/politik/weitere-meldungen/afghanistan-amnestie-gesetz-in-kraft-getreten_aid_490312.html, zuletzt aufgerufen am 14. Februar 2011; *Mühlmann*, Absolution für Afghanistans Massenmörder, Welt-online vom 18. Februar 2010, im Internet aufrufbar unter http://www.welt.de/die-welt/politik/article6825225/Absolution-fuer-Afghanistans-Massenmoerder.html, zuletzt aufgerufen am 14. Februar 2011.

[283] Vgl. *Pohl*, Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten, S. 7; zur Stellung des Bundespräsidenten in der Bundesrepublik siehe auch *Mehlhorn*, Der Bundespräsident, S. 59 ff.

[284] Das wird mit dem Wortlaut des Art. 82 I 1 GG („Die nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze…") und dem rechtssystematischen Zusammenhangs

Verwerfung eines Gesetzes auch wegen Verstößen gegen materielles Verfassungsrecht, besteht nach der h.M. nur für Fälle schwerer und offensichtlicher materieller Verfassungsverstöße.[285] Dieser „Mittelweg" wird damit begründet, dass einerseits zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen in erster Linie das Bundesverfassungsgericht zuständig ist, und andererseits das Staatsoberhaupt nicht zu klaren Verfassungsverstößen gezwungen sein darf.[286] Eine vergleichbare Situation zeigt sich in der afghanischen Verfassung: Gegen eine uneingeschränkte Überprüfungskompetenz des Präsidenten spricht, dass der OGH nach Art. 121 AfgVerf für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zuständig ist. Der OGH sollte – sofern es angerufen wird – das letzte Wort haben. Auf der anderen Seite schwört der Präsident in seinem Amtseid dadrauf die „Verfassung und … ihre Umsetzung zu überwachen"[287], so dass er in Fällen schwerer und offensichtlicher Verfassungsverstöße nicht zu klaren Missachtungen gezwungen werden kann. Im Unterschied zum deutschen Bundespräsidenten aber hat der afghanische Präsident eine andere Stellung. Wie bereits beschrieben, besteht nach der afghanischen Verfassung ein Präsidialsystem, das dem Präsidenten viel Macht einräumt. Aufgrund dieser hervorgehobenen Stellung des Präsidenten in der afghanischen Verfassung spricht mehr dafür, ihm ein uneingeschränktes Prüfungsrecht zuzusprechen. Weiteren Einfluss auf die Interpretation der Verfassung kann der Präsident auch dahingehend nehmen, dass er etwa mit Zustimmung der Volksvertretung die Richter des OGH ernennt.[288]

Zusammenfassend lässt sich Folgendes feststellen: Im Hinblick auf die Interpretationsmöglichkeiten der afghanischen Verfassung ist die Befugnis bzw. Pflicht zur „Überwachung der Anwendung" der Verfassung nach Art. 64 Nr. 1 AfgVerf ausschlaggebend. Dabei wird der Begriff des „Überwachens" weit ausgelegt. Im Rahmen der Ausfertigung der Gesetze kann der Präsident seinen Einfluss auf eine Verfassungsinterpretation in Fällen, in denen keine Zweidrittelmehrheit im Parlament erreicht werden kann, ausüben. Aufgrund der wichtigen Stellung des Präsidenten im Verfassungsgefüge der afghanischen Rechtsordnung steht ihm ein uneingeschränktes Prüfungsrecht hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit einer Gesetzesvorlage vor Ausfertigung zu. Diese Befugnis ist jedoch auf eine Präventivkontrolle beschränkt.

---

mit der Bestimmung über das Zustandekommen von Gesetzen (Art. 78) begründet, *Nierhaus*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 82, Rn. 6.

[285] Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, S. 553 ff.; *Nierhaus*, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 82, Rn. 6; für ein umfassendes materielles Prüfungsrecht *Nettesheim*, Amt und Stellung des Bundespräsidenten, in: HStR III, S. 1031 (1058); *Ipsen,* Staatsrecht I, S. 135 f.; *Stern*, Staatsrecht, Bd. II, S. 230 ff.

[286] *Brenner*, v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 82, Rn. 27; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 82, Rn. 3.

[287] Vgl. Art. 63 AfgVerf.

[288] *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (906).

cc. Zusammenfassung

Der OGH hat eine Interpretationskompetenz im Umfang der in Art. 121 AfgVerf vorgesehen Fälle. Die Verfassungskommission hingegen hat lediglich beratende Funktion und kann die Verfassung nicht letztgültig interpretieren. Der Staatspräsident hat eine präventive Prüfungskompetenz.

3. Stellungnahme

Festzuhalten ist, dass in der Verfassung eine Lücke hinsichtlich ihrer Interpretation und Anwendung für Organstreitverfahren und im Falle einer abstrakten Anfrage zum Inhalt der Verfassung besteht. Daher ist zu klären, welche Institution in diesen Fällen nach der geltenden Rechtslage tätig werden sollte. Dazu muss in erster Linie das Verhältnis zwischen dem Präsidenten, der Verfassungskommission und dem Obersten Gerichtshof geklärt werden.

Der Präsident hat zwar aufgrund seiner weitgehenden Befugnisse in der Verfassung sowohl eine formelle als auch eine materielle Prüfungskompetenz von Gesetzen, diese Kompetenz hat jedoch eine präventive Funktion. Daher kann er nicht als Interpretationsinstanz nach der Verabschiedung von Gesetzen tätig werden. Zudem ist seine Auslegung nicht verbindlich. Folglich scheidet er als interpretierende Instanz aus.

Kamali bejaht das Auslegungsmonopol des Obersten Gerichtshofs trotz des klaren Wortlauts des Art. 121 AfgVerf.[289] Dieser sei als unabhängiges Organ geeignet, über Verfassungsfragen zu entscheiden. Hingegen handele es sich bei der Kommission um ein Exekutivorgan. Folglich sollten ihr aufgrund der Gewaltenteilung nicht Aufgaben der Judikative zukommen. Zudem sei die Kommission ursprünglich errichtet worden, um eine ordnungsgemäße Umsetzung der Verfassung Schritt für Schritt zu gewährleisten.[290] Auch die Parlamentarierin und ehemaliges Mitglied der Verfassungskommission *Barakzai* ist im Ergebnis dieser Ansicht.[291] Die Verantwortung zur Verfassungsauslegung könne die Verfassungskommission nicht übernehmen. Da ihre Mitglieder vom Staatspräsidenten mit

[289] So *Mohammad Hashim Kamali* in seinem Vortrag bei einem vom Heidelberger Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht organisierten Doppelsymposium zu den Themen „Constitutional Law in Muslim Countries“ sowie „Challenges for the Afghan Constitution – Impulses from a Comparative Perspective“ im Februar 2009 in Dubai, siehe dazu den Tagungsbericht von *Aryobsei*, Constitutional Law in Muslim Countries, VRÜ 2009, S. 130 (137).

[290] Dieses Argument nannte *Mohammad Hashim Kamali*, Mitglied der „Constitutional Review Commission“ in einem Gespräch mit der Verfasserin am 14. Februar 2009 in Dubai.

[291] Vgl. den Vortrag von *Shukria Barakzai* auf dem vom Heidelberger Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht organisierten Doppelsymposium zu den Themen „Constitutional Law in Muslim Countries“ sowie „Challenges for the Afghan Constitution – Impulses from a Comparative Perspective“ im Februar 2009 in Dubai, siehe dazu den Tagungsbericht von *Aryobsei*, Constitutional Law in Muslim Countries, VRÜ 2009, S. 130 (137).

Zustimmung der Volksvertretung ernannt werden, sei ihre Unabhängigkeit nicht garantiert. Daher komme ihr lediglich eine „Aufsichtsrolle“ zu.

Gegen das Argument der Wahl der Mitglieder spricht, dass sie im Falle der Zusammensetzung des Obersten Gerichtshofs dieselbe ist: Ernennung durch den Staatspräsidenten mit Zustimmung der Volksvertretung (Art. 117 Abs. 1 AfgVerf). Gegen die Argumentation von *Kamali* und *Barakzai* spricht ferner, dass die Kommission kein Organ der Exekutive ist, sondern vorliegend als ein Staatsorgan *sui generis* qualifiziert wurde.[292] Hinsichtlich der Qualifikation der Mitglieder beider Institutionen besteht kein wesentlicher Unterschied, denn beide Institutionen verlangen alternativ eine Ausbildung im weltlichen bzw. islamischen Recht.

Entscheidend für die Abgrenzung ist jedoch die längere Amtsdauer[293] der Richter des Obersten Gerichtshofs und seine verfassungsrechtliche Stellung. Die längere Amtsdauer der Richter des Obersten Gerichtshofs spricht dafür, dass sie gegenüber der Kommission weniger den Einflüssen des Staatspräsidenten unterliegen und daher unabhängiger arbeiten können.[294] Für die Gewährleistung einer unabhängigen richterlichen Tätigkeit wird eine Amtsdauer von zumindest einigen Jahren gefordert.[295] Zudem spricht für die interpretierende Tätigkeit des Obersten Gerichtshofs, dass es sich bei ihm um ein Verfassungsorgan handelt. Während dem Obersten Gerichtshof zumindest verfassungsrechtlich die Verfassungsinterpretation in den Fällen der Normenkontrolle zufällt, schweigt Art. 157 AfgVerf bezüglich der Tätigkeit dieser Kommission. Es sollte nicht dem Gesetzgeber zustehen, über die institutionelle Interpretation der Verfassung zu bestimmen. Aufgrund der Gewaltenteilung sollte es Aufgabe des Verfassunggebers sein, die dafür zuständige Institution und seine Voraussetzungen zu bestimmen.

Aus diesen Gründen sollte nach der derzeitigen Fassung der Verfassung die Interpretationskompetenz dem Obersten Gerichtshof übertragen werden. Zudem hat die Konzentration der Überprüfung von Verfassungsfragen durch ein Organ den Vorteil, dass eine einheitliche Auslegung sichergestellt wird. Gerade aufgrund der instabilen verfassungsrechtlichen Verhältnisse würde eine zweigleisige Interpretation der Verfassung dieses Dilemma verstärken. Damit würde der Oberste Gerichtshof zugleich als Verfassungsgericht fungieren und auch über die Auslegung und Konkretisierung des Art. 3 AfgVerf bestimmen. Verfassungsrechtlich kann sich die Interpretationskompetenz aus einer teleologischen Auslegung

---

[292] Vgl. Kapitel 2 C. I. 2. b.

[293] Vgl. Kapitel 2 C. I. 2. a.

[294] *Dempsey/Thier*, Resolving the Crisis over Constitutional Interpretation in Afghanistan, S. 6, im Internet aufrufbar unter http://www.usip.org/files/resources/USIP_0309_2.PDF, zuletzt aufgerufen am 9. April 2011.

[295] Beispielsweise *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 14, Rn. 25.

des Art. 121 AfgVerf ergeben. Ob sich dies in der noch nicht entwickelten afghanischen Rechtswirklichkeit etablieren kann, ist zweifelhaft. Daher ist zur Klarstellung dieser Kompetenz ist eine Verfassungsänderung wünschenswert.

II. Ein methodischer Ansatz zur Interpretation der afghanischen Verfassung

Da sich die afghanische Rechtswissenschaft in den Anfängen befindet, existiert kein fester Kanon hinsichtlich der Methoden der Verfassungsinterpretation. In keinem der der Verfasserin zugänglichen und bekannten Urteile beschäftigt sich der Oberste Gerichtshof mit dieser Thematik. Auch in der Literatur bleibt diese Frage unbehandelt. Ebenfalls kennt die afghanische Verfassung bzw. Rechtsordnung keine spezielle Regelung, die den Rechtsanwendern eine bestimmte Methode der Auslegung vorschreibt. Das wäre im Hinblick auf die junge afghanische Verfassung und die fehlende Rechtstradition in Anbetracht des Jahrzehnte andauernden Krieges wünschenswert gewesen. So ist im internationalen Vergleich etwa Art. 39 Abs.1 der südafrikanischen Verfassung, der bestimmte Interpretationsprinzipien für die Auslegung des Grundrechtskatalogs erfordert, positiv hervorzuheben.[296] Auslegungskriterien sind jedoch auch für die afghanische Verfassung erforderlich, um ihre Interpretation zu legitimieren, zu objektivieren und kontrollierbar machen zu können.

Methoden der Verfassungsinterpretation können deskriptiv oder normativ sein, d.h. sie können die Rechtspraxis daraufhin untersuchen, wie sie sich entweder tatsächlich vollzieht oder wie sie sich richtigerweise vollziehen sollte.[297] Angesichts der fehlenden Rechtspraxis und Erfahrung auf diesem Gebiet sowie mangelnder Veröffentlichung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs wird vorliegend die normative Komponente der Verfassungsauslegung behandelt. Dabei ist zu bedenken, dass die Verfassung nicht nur ein juristischer Text oder normatives Regelwerk ist, sondern Ausdruck eines kulturellen Entwicklungszu-

---

[296] Art. 39 der südafrikanischen Verfassung: „Interpretation of Bill of Rights (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum –
(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;
(b) must consider international law, and
(c) must consider foreign law.
(2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.
(3) The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or free,doms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that
(a) they are consistent with the Bill."
zur Auslegung der südafrikanischen Verfassung siehe *Klug,* South Africa, S. 267 ff.

[297] *Dreier*, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: ders. / Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, S. 13 (23).

standes und Mittel der kulturellen Selbstdarstellung eines Volkes.[298] Das gilt insbesondere für die Grundrechtsinterpretation.[299] Es ist stets die Eigenart der Verfassung, ihr Sachgehalt und ihr Schicksal in der bisherigen verfassungsrechtlichen Geschichte zu beachten.[300] Darüber hinaus sind verfassungsimmanente Auslegungselemente zu entwickeln.

1. Herkömmliche Interpretationsmethoden

Der klassisch-hermeneutische Ansatz setzt die Methode der Verfassungsinterpretation mit der Gesetzesinterpretation gleich.[301] Die Gesetzesinterpretation bindet sie an die von *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861) entwickelten Regelungen. Nach *Savigny* ist das erste Ziel der Auslegung sich „in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers zu versetzen und dessen Tätigkeit in sich künstlich (zu) wiederholen."[302] Aus dieser Überlegung heraus hat er 1840 für die deutsche Wissenschaft vier „Elemente" der Auslegung hervorgehoben, die schon im römischen Recht und im italienischen Recht des Mittelalters eine Rolle gespielt haben: Das (1) grammatische, (2) logische, (3) historische und (4) systematische Element der Auslegung.[303] Heute besteht Einigkeit darüber, dass *Savigny* zum einen teleologische Aspekte unberücksichtigt ließ und zum anderen die logischen und grammatikalischen Interpretationselemente sich inhaltlich decken und es folglich nicht zweier Methoden dafür bedarf.[304] Daher werden nach dem aktuellen Stand der Auslegungslehre die wörtliche, die systematische, die historische und die teleologische Auslegung herangezogen.[305] Die klassisch-hermeneutische Methode ist positiv dahingehend zu bewerten, als sie Kriterien zur Verfassungsinterpretation festlegt, die bestimmt genug sind. Neben der wörtlichen Interpretation ist für die afghanische Verfassung auch die systematische Interpretation erforderlich, da die Verfassung bestimmten Begrifflichkeiten und einem bestimmten System unterliegt.[306] Auch die historische Auslegung rechtfertigt sich in Anbetracht der

---

[298] *Häberle*, Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation, ERPL 2000, S. 867 (871); siehe ferner *ders.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, S. 19, 28 ff.
[299] Vgl. *Hesse*, Bedeutung der Grundrechte, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts (1), S. 127 (129).
[300] Vgl. *Müller*, Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts, in: Enzyklopädie der Geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, S. 123 (154).
[301] Siehe *Forsthoff*, Rechtsstaat im Wandel, 2. Auflage (1976), S. 130 ff.
[302] *V. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, Bd. I, S. 213; dazu *Huber*, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht, JZ 2003, S. 1 ff.
[303] *V. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, Bd. I, S. 213.
[304] *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, S. 97.
[305] Vgl. *Degenhart,* Staatsrecht I, S. 8; *Larenz,* Methodenlehre, S. 320 ff.; *Maurer,* Staatsrecht I, S. 19 ff.
[306] Vgl. *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, S. 99.

wechselnden Regime und der von ihnen verabschiedeten Verfassungen. So können zum einen neue Regelungen mit den Unzulänglichkeiten des alten Systems verglichen werden und zum anderen die Gründe ihrer Entstehung mitberücksichtigt werden. Die Heranziehung der teleologischen Methode ermöglicht schließlich eine gewisse Flexibilität dahingehend, als auf Veränderungen von Wertmaßstäben eingegangen werden kann. Dies kann insbesondere in Anbetracht von Wandlung religiöser und traditioneller Werte eine entscheidende Rolle spielen.

2. Verfassungsimmanente Auslegungselemente

Von der genannten Methode der Verfassungsinterpretation können verfassungsimmanente Auslegungsprinzipien unterschieden werden. Von den „Methoden" der Verfassungsinterpretation unterscheiden sie sich dadurch, dass sie selbst *Inhalte* darstellen.[307] Klassische weit verbreitete Prinzipien dieser Art sind das Gebot völkerrechtsfreundlicher Auslegung und das Verbot der Grundrechtsverkürzung. Speziell im Rahmen der afghanischen Verfassung ist noch das Gebot der Islamkonformität zu erläutern.

a. Völkerrechtsfreundliche Auslegung?

aa. Allgemein

Als weiteres Auslegungsprinzip kommt die völkerrechtsfreundliche Auslegung in Betracht. Diese beinhaltet das Gebot, nicht nur Gesetze, sondern auch die Regelungen der Verfassung möglichst im Einklang mit den für Afghanistan verbindlichen Völkerrechtsnormen auszulegen.[308] Praktisch heißt das, dass im Rahmen des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte, der systematischen Stellung und des Sinn und Zwecks mehrere Deutungsmöglichkeiten der Norm vorliegen können. Von ihnen ist diejenige auszuwählen, die zu einem völkerrechtskonformen Ergebnis führt.[309]

Einige Verfassungen enthalten ausdrückliche Regelungen zur menschenrechtsfreundlichen Auslegung der in den jeweiligen Verfassungen enthaltenen Grundrechtskataloge.[310] Eine solche Vorschrift enthält die afghanische Verfassung nicht.

---

[307] *Häberle*, Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation, ERPL 2000, S. 867 (890).

[308] Vgl. für die deutsche Rechtsordnung BVerfGE 75, S. 1 (18); 109, S. 13 (26); 111, S. 307 (317 f.); *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 20, Rn. 254.

[309] Vgl. *Sommermann*, Völkerrechtliche garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (403).

[310] Siehe Art. 16 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung von 1976: „Die Auslegung und Anwendung der die Grundrechte betreffenden Verfassungs- und Rechtsvorschriften erfolgt in Übereinstimmung mit der Allgemeinen Menschenrechtserklärung."; Art. 9 Abs. 1 der Verfassung von Tansania aus dem Jahre 1977: "The state authority and all its agencies are required to direct all their policy and business towards securing the maintenance and upholding of the dignity of man through full compliance with the provisions of the Universal Declaration of Human Rights."; Art. 10 Abs. 2 der spanischen Verfassung von 1978: „Die Normen, die sich auf die von der

Aber auch in den Staaten, die diesen Grundsatz nicht in ihrer Verfassung ausdrücklich verankert haben, berücksichtigt die Rechtsprechung die internationalen Menschenrechtsnormen als Auslegungsmaßstab.[311] Der Grund hierfür ist nicht zuletzt in der Tatsache zu sehen, dass aus völkerrechtlicher Sicht die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten mit ihren jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtungen harmonisieren müssen. Der Sinn einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung ist daher die Vermeidung eines Widerspruchs zwischen dem Völkerrecht und dem nationalen Recht.[312]

Zwar besteht aus der völkerrechtlichen Perspektive die Verpflichtung eines Staates schon mit der Ratifikation des jeweiligen Vertrages,[313] aus nationaler Sicht jedoch gilt das Völkerrecht nur aufgrund einer Anordnung des nationalen Rechts (Verfassung, Gesetz oder Gewohnheitsrecht).[314] Die jeweiligen Vertragsstaaten müssen den Willen haben, die völkerrechtlichen Pflichten zu erfüllen.[315] Eine erste Voraussetzung hierfür ist, dass dem völkerrechtlichen Vertrag auch Relevanz im nationalen Recht eingeräumt wird. Mit anderen Worten: Das Völkervertragsrecht muss auch Bestandteil der nationalen Rechtsordnung des Staates werden, der Vertragspartner ist.[316]

Mithin ist vor der Frage, ob die Verfassung völkerrechtsfreundlich auszulegen ist, zu klären, ob eine Norm des nationalen Rechts die Geltung des Völkerrechts in der afghanischen Rechtsordnung rechtsverbindlich anordnet. Die Bedeutung dieser Frage wird dann deutlich, wenn man bedenkt, dass ohne eine innerstaatliche Anordnung der Rechtsverbindlichkeit des Völkerrechts der Abschluss völkerrechtlicher Verträge aus der innerstaatlichen Perspektive in rechtlicher Hinsicht unerheblich ist und keine Verpflichtung zur Beachtung dieser besteht. Eine fehlende innerstaatliche Verpflichtung, das Völkerrecht zu beachten, würde

---

Verfassung anerkannten Grundrechte und Freiheiten beziehen, sind in Übereinstimmung mit der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und den von Spanien ratifizierten internationalen Verträgen und Abkommen über die gleichen Materien auszulegen.“; Art. 20 der rumänischen Verfassung von 1991: „(1) Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich der Rechte und Freiheiten der Bürger werden ausgelegt und angewendet im Einklang mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, mit den Pakten und anderen Verträgen, an denen Rumänien beteiligt ist. (2) Wenn zwischen den Pakten und den Verträgen hinsichtlich der fundamentalen Rechte des Menschen, an denen Rumänien beteiligt ist, und den internen Gesetzen Unstimmigkeiten bestehen, so haben die internationalen Regelungen Vorrang.“; siehe dazu *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 243 f.

[311] So zum Beispiel in den USA und Großbritannien, siehe dazu *Bleckmann,* Grundgesetz und Völkerrecht, S. 273; *Sommermann*, Völkerrechtliche garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (404 ff.).

[312] Vgl. *Sommermann*, Völkerrechtliche garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (416).

[313] Dieser Gedanke ergibt sich aus Art. 27 S. 1 WVK: „Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen.“

[314] *Herdegen*, Völkerrecht, S. 274.

[315] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 31.

[316] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 31.

auch nicht den Willen einer Rechtsordnung bekunden, seine Verfassung im Sinne des Völkerrechts auszulegen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf diesen innerstaatlichen Geltungsgrund, wobei das generelle Verhältnis des nationalen Rechts im Sinne des Monismus und Dualismus im 4. Kapitel behandelt wird. Daran anschließend wird untersucht, inwieweit sich der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung aus der Verfassung ableiten lässt.

bb. Art. 7 AfgVerf als innerstaatlicher Geltungsgrund des Völkerrechts

Die afghanische Verfassung enthält einige Bezüge zum Völkerrecht und zu Menschenrechten.[317] Ausgangspunkt aller Regelungen ist jedoch Art. 7 AfgVerf, der das Verhältnis zum Völkerrecht wie folgt beschreibt:

> *Der Staat achtet die Charta der Vereinten Nationen, die internationalen Verträge und Konventionen, denen Afghanistan beigetreten ist, sowie die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte.*[318]

Im Rechtsraum muslimischer Staaten ist dieser Verweis auf die Allgemeine Menschenrechtserklärung sowie die weiteren Verträge und Konventionen in der Verfassung einzigartig.[319] Es ist daher zu klären, ob diese Regelung als Geltungsgrund für die innerstaatliche Anwendbarkeit von Völkerrecht herangezogen werden kann.

(1) Rechtsverbindliche Anordnung

Aus der nationalen Sicht der einzelnen Staaten gilt Völkerrecht für staatliche Organe und für den Einzelnen nur auf Grund einer Anordnung des nationalesn Rechts.[320] Zu klären ist, ob Art. 7 AfgVerf das Völkerrecht rechtsverbindlich in die afghanische Rechtsordnung aufnimmt oder ob die Regelung lediglich deklaratorischen Charakter hat und als eine bloße Absichtserklärung eingestuft werden muss. Da es an afghanischer Rechtsprechung zum Verhältnis des Völkerrechts mit der nationalen Rechtsordnung Afghanistans fehlt, werden im Folgenden Äußerungen der afghanischen Führung im Hinblick darauf untersucht, ob aus ihrer Sicht die völkerrechtlichen Verpflichtungen Afghanistans als rechtsverbindlich anzusehen sind. Daran anschließend wird Art. 7 AfgVerf im Wege der gängigen Auslegungsmethoden untersucht.

---

[317] Präambel, 5. Spiegelstrich, Art. 6, Art. 7, Art. 58, Art. 64 Nr. 17, Art. 90 Nr. 5 AfgVerf.

[318] Einen Überblick der wesentlichen völkerrechtlichen Verträge und deren Protokolle, die Afghanistan ratifiziert hat, findet sich bei *Smith*, International Human Rights Law in Post Conflict Settings: Afghanistan, Muslim World Journal of Human Rights 2008, S. 1 (15-19); auf dari ist eine Übersicht auf der Webseite des afghanischen Justizministeriums zu finden: www.moj.gov.af/?lang=da&p=lable61, zuletzt besucht am 10.2.2011.

[319] *Mahmoudi*, The *Sharî`a* in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 867 (873).

[320] *Herdegen,* Völkerrecht, S. 156.

(a) Stellungnahmen der afghanischen Führung

Der Aussagegehalt der afghanischen Führung ist mit Vorsicht zu betrachten, denn einige Aussagen können auch gegenüber den Vereinten Nationen und der internationalen Gemeinschaft propagandistischen Zwecken dienen und innerstaatlich keinerlei rechtliche Auswirkungen haben.

(aa) Erklärungen gegenüber Menschenrechtsausschüssen

Afghanistan hat nach der Verabschiedung der neuen Verfassung bisher lediglich einen Staatenbericht[321] zur Kinderrechtskonvention dem UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes vorgelegt.[322] Ein Bericht zur Umsetzung der Frauenrechtskonvention liegt nicht vor. Das mag auch daran liegen, dass die Geschlechterfrage eine sensiblere Angelegenheit in den muslimischen Staaten und so auch in Afghanistan ist, als dies bei Kinderrechten der Fall ist. In dem Bericht gehen die Berichterstatter nicht eingehend auf das Verhältnis des Völkerrechts bzw. der internationalen Menschenrechtskonventionen zum Landesrecht in Afghanistan ein. Zu den innerstaatlichen Auswirkungen der von Afghanistan unterzeichneten Menschenrechtsabkommen heißt es wie folgt:

> *Article 7 of the Constitution of Afghanistan (2004) specifically obligates the Government to observe the UN Charter, Universal Declaration of Human Rights, international human rights treaties, and human rights conventions that Afghanistan has ratified… Based on the Constitution the laws of the country must have legal mechanisms to implement and ensure respect for human rights.*[323]

Dabei geht der Bericht weder auf die Frage der innerstaatlichen Bindungswirkung,[324] noch auf die Rangordnung des Völkerrechts in der afghanischen Rechtsordnung ein. Bei beiden Sätzen handelt es sich um sehr vage Formulierungen, die nicht über den Wortlaut des Art. 7 AfgVerf der Verfassung hinausgehen. Zur Frage der Umsetzung der internationalen Menschenrechtskonventionen in Afghanistan und insbesondere der Kinderrechtskonvention heißt es in einem späteren Absatz:

---

[321] Staatenberichte zeigen in der Regel auf, wie die Vertragsstaaten die von ihnen ratifizierten Konventionen umgesetzt haben.

[322] CRC/C/AFG/1, vom 13. Juni 2010; da die Ratifizierung im Jahre 1994 vorgenommen wurde, hätte nach Art. 44 Abs. 1 (a) der Kinderrechtskonvention der erste Bericht schon im Jahre 1996 der Kommission vorliegen müssen.

[323] CRC/C/AFG/1, Conlcuding observations of the Commitee of the Rights of the Child: vom 13. Juni 2010, S. 9.

[324] Zu Recht kritisiert die Kommission diese fehlende Bekenntnis zur Bindungswirkung wie folgt: „The Committee notes with concern that … the State party does not consider the Convention as a legally binding instrument in the internal order, and has therefore not incorporated it systematically into the domestic legal system in order to make it applicable", CRC/C/AFG/1, vom 8. April 2011, Rn. 7.

> *In order to implement reforms in the legal and judicial sector, the Government has adopted several national programmes which include: the amendment and adoption of laws compatible with international human rights standards.*[325]

Der Begriff der "international human rights standards" wird nicht definiert. Ferner handelt es sich bei diesem Hinweis lediglich um einen programmatischen Verweis auf die vom afghanischen Staat geplanten Maßnahmen.[326] In dem Bericht wird der grundsätzliche Wille des afghanischen Staates zur Harmonisierung der Gesetze mit der Verfassung und der Umsetzung der Kinderrechte deutlich:

> *This report is a clear manifestation of the will of the Government of Afghanistan for seriously dealing with the shortcomings in ensuring the human rights of children and is an indication that the Government is fully aware of its legal, national and international obligations in the gradual realization of the human rights of this very important and vulnerable group of society.*[327]

Während in dem Bericht die Stellung des Islams in der afghanischen Rechtsordnung zunächst nicht angesprochen wird, wird er im Zusammenhang der kritischen Frage zur sexuellen Selbstbestimmung herangezogen:

> *Since Afghanistan is an Islamic country, in accordance with the Constitution and Sharia law, sexual relations between children is prohibited and sexual relations among adults is lawful only within wedlock.*[328]

Hierbei wird deutlich, dass bei sensiblen Angelegenheiten dem islamischen Recht Vorrang eingeräumt wird. Ein deutliches Bekenntnis dazu, dass die Regierung von einer rechtsverbindlichen Anordnung des Völkerrechts durch Art. 7 AfgVerf ausgeht, liegt mit diesem Bericht nicht vor.

(bb) Sonstige Aussagen

Im Jahre 2009 hat der damals amtierende Präsident *Hamid Karzai* im Zusammenhang mit der Überprüfung des schiitischen Familiengesetzes folgende Aussage getroffen:

> *I assure you that the laws of Afghanistan will be in complete harmony with the Constitution of Afghanistan and the human rights that we have adhered to in our constitution and the principles of the international treaties.*[329]

---

[325] CRC/C/AFG/1, vom 13. Juni 2010, S. 11.
[326] Dazu gehört die Justice for All Strategy (2005) im Internet aufrufbar unter http://www.cmi.no/pdf/?file=/afghanistan/doc/Justice%20for%20all%20MOJ%20Afgh.pdf, zuletzt aufgerufen am 26. Mai 2011.
[327] CRC/C/AFG/1, vom 13. Juni 2010, S. 75.
[328] CRC/C/AFG/1, vom 13. Juni 2010, S. 21.

In dieser Aussage propagiert *Karzai* den Vorrang der „Prinzipien der internationalen Verträge”. Der leere Gehalt dieser Ausführung in der Praxis wird durch die diskriminierenden Vorschriften des Gesetzes deutlich. Zunächst enthielt das Gesetz offensichtlich frauendiskriminierende Regelungen. Dazu gehörte nach Art. 132 des Gesetzes, der folgenden Inhalt hatte: „Die Frau ist verpflichtet, den sexuellen Bedürfnissen ihres Mannes jederzeit nachzukommen.“[330] Das führte praktisch zu einer Legalisierung der Vergewaltigung in der Ehe. Mitglieder der Volksvertretung bemängelten, das Gesetz sei nicht hinreichend diskutiert worden.[331] Weiterhin regelte das Gesetz, unter welchen Bedingungen die Frau das Haus verlassen darf.[332] Infolge internationalen Drucks[333] wurden einige Regelun-

[329] Zitiert aus *Mullins,* Afghan President Karzai Pledges to Change Shia Family Law, Digital Journal vom 28. April 2009, im Internet aufrufbar unter http://www.digitaljournal.com/article/271660, zuletzt aufgerufen am 24. Januar 2011; ferner *Vogt/Schah*, Karzai vows to amed “rape” law, The Star vom 28. April 2009, im Internet aufrufbar unter http://www.thestar.com/article/625412, zuletzt aufgerufen am 23. Januar 2011.

[330] *Gebauer/Najafizada,* http://www.spiegel.de/politik/ausland/frauen-in-afghanistan-gesetz-regelt-sexualverkehr-mit-ehemaennern-a-617118.html; vgl. auch *Boone*, “Worse than the Taliban – new law rolls back rights for Afghan women”, The Guardian vom 31. März 2009, im Internet aufrufbar am http://www.guardian.co.uk/world/2009/mar/31/hamid-karzai-afghanistan-law, zuletzt aufgerufen am 23. Januar 2011.

[331] *Farmer*, Hamid Karzai signs law „legalizing rape in marriage”, The Telegraph vom 31. März 2009, im Internet aufrufbar unter http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/afghanistan/5080797/Hamid-Karzai-signs-law-legalising-rape-in-marriage.html, zuletzt aufgerufen am 23. Januar 2011.

[332] *Vogt/Schah*, Karzai vows to amed “rape” law, The Star vom 28. April 2009, im Internet aufrufbar unter http://www.thestar.com/article/625412, zuletzt aufgerufen am 23. Januar 2011; *Starkey,* Afghan leader accussed of bid to“legalise rape“, The Independent vom 31. März 2009, im Internet aufrufbar unter http://www.independent.co.uk/news/world/asia/afghan-leader-accused-of-bid-to-legalise-rape-1658049.html, zuletzt aufgerufen am 24. Januar 2011.

[333] Vgl. z.B. die Pressemitteilung von *Lissy Gröner,* Mitglied des Europäischen Parlaments vom 24. April 2009, Schiitisches Familiengesetz in Afghanistan tritt Frauenrechte mit Füßen, im Internet aufrufbar unter http://www.lissy-groener.de/public/2009/presse2009-04-24_frauenrechte_in_afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 24. Januar 2011; siehe ferner den offenen Brief von medica mondiale an die Bundeskanzlerin *Angela Merkel* und den damaligen Bundesaußenminister Steinmeier, im Internet aufrufbar unter http://www.medicamondiale.org/fileadmin/content/06_Presse/Pressemitteilungen/Offener_Brief_an_Merkel_und_Steinmeier_-_Schiitisches_Familiengesetz_-_medica_mondiale_17.04.2009.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Januar 2011, sowie ferner *Mullins,* Afghan President *Karzai* Pledges To Change Shia Family Law, Digital Journal vom 28. April 2998, im Internet aufrufbar unter http://www.digitaljournal.com/article/271660, zuletzt aufgerufen am 24. Januar 2011; abc news vom 4. April 2009, President Obama Calls New Women – Oppressing Afghan Law “Abhorrent” – But Suggests It Won´t Change US Mission, im Internet aufrufbar unter http://blogs.abcnews.com/politicalpunch/2009/04/president-oba-4.html, zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2011; Khaleej Times Online vom 2. April 2009, U.S., U.N. concerned about Afghan Shia law, im Internet aufrufbar unter http://www.khaleejtimes.com/DisplayArticle08.asp?xfile=data/international/2009/April/international_April163.xml&section=international, zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2011.

gen revidiert. Allerdings enthält das Gesetz weiterhin diskriminierende Regelungen.[334] Dazu gehört zum Beispiel das Recht des Ehemanns seiner Frau Essen und Kleidung zu verweigern, falls sie ihm ihre sexuellen Dienste vorenthält.[335] Die Unterzeichnung dieses Gesetzes hatte politische Hintergründe: *Karzai* erhoffte sich dadurch die Unterstützung der konservativen Kräfte bei den anstehenden Wahlen, und der Klerus verlangte im Gegenzug eine gesetzliche Verankerung seiner gesellschaftlichen Vorstellungen.[336]

Auch im Rahmen des afghanischen Entwicklungskonzepts „National Justice Sector Strategy“ aus dem Jahr 2008 wird für die nächsten fünf Jahre u.a. das Ziel gesetzt, alle Gesetze mit den von Afghanistan ratifizierten Menschenrechtsabkommen zu harmonisieren, ohne dass damit aber ausdrücklich die innerstaatliche Bindung des Völkerrechts anerkannt wird.[337] Das afghanische Justizministerium setzt die Bindung Afghanistans an die völkerrechtlichen Verträge voraus. Das ergibt sich aus der Stellungnahme des Ministeriums zur Umsetzung der Kinderrechtskonvention in Afghanistan:

> *Afghanistan's commitment to implementing the Convention on the Rights (CRC) is based on the article 7 of the Constitution, stipulating that "the State shall observe the United Nations Charter, inter-state agreements, as well as international treaties to which Afghanistan has joined, and the Universal Declaration of Human Rights.*[338]

In diesen politischen Äußerungen wird nach außen stets der Wille zur Anpassung der afghanischen Rechtsordnung an das Völkervertragsrecht gezeigt.

---

[334] Vgl. die Pressemitteilung der ehemaligen Bundesentwicklungsministerin *Wieczorek-Zeul* vom 15. August 2009, im Internet aufrufbar unter https://www.bmz.de/de/presse/aktuelleMeldungen/archiv/2009/august/pm_20090815_77.html, zuletzt aufgerufen am 22. Januar 2011.

[335] Siehe cbc news, Afghanistan´s contentious family law quietly enacted, 17. August 2009, im Internet zu finden unter http://www.cbc.ca/crossroads-afghanistan/story/2009/08/17/afghanistan-family-law-wives-husbands.html, zuletzt aufgerufen am 24. Januar 2011.

[336] *Kühn*, Afghanistan: Neuer alter Präsident vor ungewisser Zukunft, German Institute of Global and Area Studies, Nummer 10, 2009, S. 3, im Internet aufrufbar unter http://www.giga-hamburg.de/dl/download.php?d=/content/publikationen/pdf/gf_nahost_0910.pdf, zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2011.

[337] "*All laws will be fully harmonized with the implementation requirements of the United Nations Convention Against Corruption, and other applicable international treaties and conventions.",* Islamic Republic of Afghanistan, National Justice Sector Strategy" 2008, S. 13, im Internet unter http://info.publicintelligence.net/AfghanNJSS.pdf aufrufbar, zuletzt aufgerufen am 18. August 2011.

[338] Siehe dazu die Internetpräsent des afghanischen Justizministeriums, „Implementing the Convention on the Rights of the Child in Afghanistan, vom 4. Mai 2011, http://moj.afghanistan.af/en/News/1383, zuletzt aufgerufen am 24. Mai 2011.

(cc) Zwischenergebnis

Eine ausdrückliche Negierung des Völkerrechts von der afghanischen Regierung liegt bisher – soweit ersichlich – nicht offiziell vor. Allerdings wird anhand des Beispiels der sexuellen Selbstbestimmung exemplarisch deutlich, dass das islamische Recht in gesellschaftlich sensiblen Angelegenheiten ohne hinreichende Begründung vorgezogen wird und die für Afghanistan verbindlichen internationalen Menschenrechtsabkommen ausgeblendet werden. Gleichzeitig wurde im Zusammenhang mit der Revision des schiitischen Familiengesetzes nach außen das Ziel der Beachtung der Menschenrechtsabkommen vorgespielt. Dieses im Gesamtzusammenhang ambivalente Verhalten der afghanischen Regierung zeigt die Konfliktscheue der afghanischen Regierung gegenüber der internationalen Gemeinschaft auf der einen und der konservativen afghanischen Gesellschaft auf der anderen Seite. Daher sind die zitierten Äußerungen nicht geeignet, endgültige Aussagen über die Frage der Rechtsverbindlichkeit des Art. 7 AfgVerf zu treffen.

(b) Auslegung des Art. 7 AfgVerf

In der bisherigen Afghanistanliteratur wird teilweise der verbindliche Charakter dieser Norm abgelehnt.[339] Aufgrund der unklaren Formulierung handele es sich bei Art. 7 AfgVerf lediglich um ein „Lippenbekenntnis".[340] Auch nach Ansicht afghanischer Juristen ist diese Norm nicht verbindlich, sondern hat lediglich deklaratorischen Charakter.[341] Ähnlich hierzu seien die Absichtserklärungen, die sich in den Verfassungen von Albanien[342], Angola[343] oder der Mongolei[344] finden lassen.[345]

---

[339] So beispielsweise *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93 (99); *Parhisi* war im Auftrag des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg) als Dozentin für das Richterausbildungsprogramm von 2007-2008 in Afghanistan tätig, siehe zu den laufenden Projekte des Heidelberger Max-Planck-Instituts die Webseite http://www.mpil.de/ww/de/pub/forschung/forschung_im_detail/glob_wisstransf/afghanistan_projekt/die_projekte.cfm, zuletzt aufgerufen am 8. Februar 2011; vgl. ferner *Parhisi,* Rechtsstaat zwischen Terror und Korruption, Frankfurter Rundschau online vom 16.10.2008, http://www.fr-online.de/politik/spezials/einsatz-in-afghanistan/rechtsstaat-zwischen-terror-und-korruption/-/1477334/2706508/-/index.html, zuletzt aufgerufen am 8. Februar 2011; ablehnend auch *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (40).

[340] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93 (98).

[341] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93 (98).

[342] Art. 5 der albanischen Verfassung von 1998.

[343] Art. 15 der Verfassung von Angola von 1992.

[344] Art. 10 der Verfassung von Mongolei von 1992.

[345] *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (39 f.).

Im Folgenden ist daher durch Auslegung zu ermitteln, ob die wesentlichen Argumente für einen deklaratorischen Charakter dieser Norm sprechen oder sie vielmehr als rechtsverbindlich einzustufen ist. Für einen deklaratorischen Charakter dieser Norm spricht der Wortlaut der deutschen Übersetzung des Art. 7 AfgVerf „der Staat achtet" und der fehlende Hinweis auf eine „Verpflichtung" oder „Bindung" des Staates, seine völkerrechtlichen Verträge zu beachten.

Zu klären ist, ob sich im Vergleich zu den Originaltexten auf Pashto und Dari Abweichungen mit Blick auf die Wortwahl ergeben. Der Originaltext verwendet die Formulierung „*rea'yat mekonad*" (Dari) und „*rea'yat kawi*" (Pashto), die aus dem Arabischen stammt und im Deutschen mit „beachten" übersetzt werden kann, wobei die Auswahl der Formulierung „*rea'yat*" durchaus auch im rechtsverbindlichen Sinne verstanden werden kann, aber nicht muss.[346]

Daher ist über den Wortlaut des Art. 7 AfgVerf hinaus die Rechtsverbindlichkeit der innerstaatlichen Geltung des Völkerrechts anhand einer systematischen Interpretation, der Verfassungstradition sowie der der Entstehungsgeschichte zu ermitteln.Im Hinblick auf die systematische Betrachtungsweise ist inbesondere die Präambel heranzuziehen. Nach den Zielangaben der Verfassung erstrebt die Präambel die „Stärkung eines Afghanistan angemessenen Platzes in der Völkergemeinschaft" in Abkehr zu dem Taliban-Regime.[347] Dies lässt auf den Willen der Verfassungsgeber schließen, dass dem Völkerrecht eine innerstaatlich verbindliche Funktion zukommen sollte.

Weiterhin ist zu überprüfen, inwiefern aus der afghanischen Rechtstradition und der Verfassungsgeschichte Verpflichtungen zur Beachtung des Völkerrechts abgeleitet werden können. Denn eine Rechtsordnung besteht nicht ohne weiteres losgelöst von einer Tradition, sondern steht immer in Bezug zu dem, was in der Vergangenheit als Recht gegolten und Akzeptanz gefunden hat.[348]

Die Verfassung von 1964, die als Grundlage für die aktuelle Verfassung diente, schweigt zu der Frage des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht.[349] Erstmalig wurde in Art. 12 S. 1 der Verfassung von 1977 die Beachtung der Allgemeinen Menschenrechtserklärung und der UN-Charta aufgenommen.[350] Die Verfassungen von 1987 und 1990 erweitern im Vergleich zur Verfassung aus dem Jahre 1977 den Anwendungsbereich über die UN-Charta und der Allgemei-

---

346 An dieser Stelle möchte ich mich bei *Sarah Bayani* für diesen Hinweis bedanken.

347 Vgl. Präambel 11. Spiegelstrich.

348 Auch das Bonner Abkommen, das den formalen Rahmen für den Verfassungsprozess vorgegeben hat, spricht sich dafür aus, dass ein innerstaatliches Justizsystem u.a. im Einklang mit der afghanischen Rechtstradition aufgebaut werden soll, vgl. Kapitel II (1)ii) des Bonner Abkommens.

349 Lediglich in ihrem Art. 64 Abs. 3 stattet sie das Parlament mit der Kompetenz zur Ratifikation von völkerrechtlichen Verträgen aus.

350 Darin heisst es: "To respect the principles of the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of human rights and to support just peace".

nen Menschenrechtserklärung hinaus auf “other accepted principles and norms of international law“,[351] also vermutlich auf die Normen des Völkergewohnheitsrechts. Darüber hinaus nehmen die beiden kommunistischen Verfassungen erstmalig in der afghanischen Verfassungsgeschichte schon in der Präambel Bezug auf die UN-Charta und die Allgemeine Menschenrechtserklärung.[352]

Eine Gratwanderung hinsichtlich des Völkerrechts stellt Art. 145 der Verfassung von 1987 und 1990 dar. Darin heisst es:

> *International treaties previously entered into by the republic of Afghanistan and conventions joined by it, if found repugnant to the provisions of the laws of the republic of Afghanistan, shall have ascendancy.*

Dadurch, dass den vor der Verabschiedung der Verfassung ratifizierten Verträgen Vorrang eingeräumt wird, wird mittelbar die Rechtsverbindlichkeit dieser Verträge aus innerstaatlicher Sicht impliziert. Die Einschränkung auf die vor der Verfassung ratifizierten internationalen Verträge und Konventionen ist dahingehend zu relativieren, als die Verfassungsgeber wohl davon ausgegangen sind, dass zukünftig vor dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge deren Übereinstimmung mit der nationalen Rechtsordnung geprüft werde.

Mithin haben sich die afghanischen Verfassungen in chronologischer Hinsicht immer mehr dem Völkerrecht geöffnet. Die beiden letzten kommunistischen Verfassungen nehmen die von Afghanistan ratifizierten völkerrechtlichen Verträge und Konventionen rechtsverbindlich aus innerstaatlicher Sicht in die nationale Rechtsordnung auf. In dieser Tradition ist auch Art. 7 AfgVerf zu sehen.

Auch hinsichtlich der Entstehungsgeschichte des Art. 7 AfgVerf ist die Tatsache, dass die afghanische Verfassung mit Hilfe der Vereinten Nationen und der internationalen Gemeinschaft in die Wege geleitet worden ist, zu berücksichtigen.[353] *Lakhdar Brahimi* sah die Rolle der UN auch darin, dafür zu sorgen, dass die Verfassung den internationalen Standards genüge.[354] Dazu gehört auch die innerstaatliche Verpflichtung das Völkerrecht zu beachten. Nicht zu unterschätzen ist dabei der diplomatische Einfluss der Vereinten Nationen im Prozess der

---

[351] Art. 133 der Verfassung von 1987 und die identische Norm der Verfassung von 1990 lautet wie folgt: ”The republic of Afghanistan respects and observes the United Nations Charter, the Universal Declaration of Human Rights and other accepted princples and norms of international law“.

[352] In der Präambel der Verfassung von 1987 heisst es: “…Respecting the United Nation´s Charter and the Universal Declaration of human rights…”. Ähnlich auch die Präambel der Verfassung von 1990, die “…in conformity with the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights…” vorsieht.

[353] Die „Constitutional Commission“ wurde mit Hilfe der Vereinten Nationen errichtet; vgl. dazu das Bonner Übereinkommen Regelung I Nr. 6, im Internet aufrufbar unter http://www.mpil.de/shared/data/pdf/bonn_agreement_2001.pdf, zuletzt aufgerufen am 12. Juli 2010.

[354] So *Rubin*, Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy 2004, S. 5 (10).

Verfassunggebung.[355] Dadurch könnte sie schon gewissermaßen „internationalisiert“ worden sein. Im Einzelnen ist es schwer ermittelbar, wie konkret dieser Einfluss gewesen ist. Der Prozess sollte nach außen den Eindruck vermitteln, dass es sich um eine in afghanischer Hand liegende Entscheidung handeln würde. Aber gerade hinsichtlich der Beachtung des Völkerrechts handelte es sich hierbei nicht um eine originär afghanische Entscheidung. Artikel 7 AfgVerf wurde insbesondere aufgrund des Drucks der Vereinten Nationen eingeführt.[356] Der internationale Einfluss ergibt sich aus einer Zusammenschau des breiten Engagements der internationalen Gemeinschaft, zusammen mit der landesweiten und internationalen medialen Aufmerksamkeit, vor allem während des Verfassungskonvents selbst.[357] Hierzu zählen nicht nur die Vereinten Nationen, die in Kooperation mit der afghanischen Übergangsverwaltung bezüglich der Gestaltung des Verfassungsgebungsvorgangs eng zusammenarbeiteten und diesen unmittelbar beobachteten, sondern auch bilaterale Initiativen der Vereinigten Staaten und der Europäischen Union.[358] Zudem wurden international anerkannte (Verfassungs-) Experten hinzugezogen, die sowohl die Verfassungskommission als auch die Mitgliedern des Verfassungskonvents berieten.[359] Diese Umstände sprechen für mehr als eine bloße Beachtung der internationalen Verpflichtungen Afghanistans.

Im Rahmen der Entstehungsgeschichte ist auch das Bonner Abkommen von Interesse. Da das Abkommen selbst als völkerrechtlicher Vertrag qualifiziert wurde, wäre es an dieser Stelle verfehlt, in diesem Sinne das Verfassungsrecht auszulegen.[360] Allerdings hat das Dokument, das das Verfahren für die Verfassungebung geregelt hat, eine gewisse Ausstrahlungswirkung auf die aktuelle Verfassung.[361] Auch dieses Dokument enthält Regelungen zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen Afghanistans: Das Bonner Übereinkommen geht von der Rechtsverbindlichkeit der von Afghanistan ratifizierten völkerrechtlichen Verträge aus, indem es von den „völkerrechtlichen Verpflichtungen, an die Afghanistan gebunden ist“[362], spricht. Auch in den Schlussbestimmungen verpflichtet das Abkommen die vorläufige Interimsverwaltung völkerrechtliche Normen zu

---

[355] Vgl. *Chesterman*, You, the People, S. 91.
[356] Telefongespräch mit *Matin Baraki* am 7. April 2011.
[357] *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (30 f.).
[358] *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (31).
[359] *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (31).
[360] Kapitel 2 A. V. der vorliegenden Arbeit .
[361] Zu den Vorgaben des Bonner Abkommens an den Verfassunggebungsprozess siehe Kapitel 2 A. IV. der vorliegenden Arbeit.
[362] Kapitel II (1) ii) des Bonner Abkommen.

beachten.[363] Diese Regelungen sprechen dafür, dass insbesondere die internationalen Akteure, die die Verabschiedung der Verfassung stark geleitet bzw. mitbegleitet haben, auch eine innerstaatliche verbindliche Verpflichtung Afghanistans gegenüber dem Völkerrecht herbeiführen wollten.

Im Zusammenhang des Entstehungsprozesses der Verfassung ist auch zu beachten, dass Afghanistan die Frauenrechtskonvention im Jahre 2003 parallel zum Verfassungsgebungsprozess ratifiziert hat. Befürchtet ein Staat, sich bindend zu den Menschenrechten zu bekennen, besteht die Möglichkeit, bei der Ratifizierung Vorbehalte zu formulieren.[364] Folglich ist es bezeichnend, dass Afghanistan die Frauenrechtskonvention vorbehaltlos ratifiziert hat. Nach dem Gesagten spricht das dafür, dass sich Afghanistan im Jahre 2003 während des Verfassungsgebungsprozesses dem Völkerrecht öffnen wollte. Andererseits kann eine vorbehaltlose Ratifikation auch darauf hindeuten, dass der Staat diese Bindungen nicht ernst nimmt. Dafür spricht hier, dass im Nachhinein wohl in Afghanistan nicht mehr nachvollziehbar ist, welche Personen CEDAW ratifiziert haben.[365] Vermutlich ist diese Konvention ratifiziert worden, um nach außen hin zu zeigen, dass Afghanistan sich Frauenrechten gegenüber öffnet. Häufig ist in der Staatenpraxis der Wunsch da, durch den Hinweis auf die Stellung als Vertragspartei Angriffe bezüglich Menschenrechtsverletzungen propagandistisch besser abwehren zu können.[366] Letzten Endes muss man die unterzeichneten völkerrechtlichen Verträge jedoch beim Wort nehmen. In diesem Sinne hat Afghanistan CEDAW vorbehaltlos ratifiziert und dadurch bekundet, dass es sich dem Völkerrecht wieder öffnet. Auch dieser Umstand spricht dafür, dass die Formulierung des Art. 7 AfgVerf nicht nur deklaratorischen Charakter haben sollte, sondern als rechtsverbindlich zu verstehen ist.

Diese Gesamtschau spricht für einen verbindlichen Charakter des Art. 7 AfgVerf. Damit setzt Art. 7 AfgVerf nach über 25 Jahre anhaltendem Krieg, Zerstörung und Plünderung durch die diversen Gruppierungen die normative Geltungsgrundlage der von Afghanistan unterzeichneten internationalen Verträge und Konventionen, die Charta der Vereinten Nationen und die Allgemeine Menschenrechtserklärung.

(2) Einschränkung: Fehlen von Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Art. 7 AfgVerf nennt ausdrücklich die Beachtung der Charta der Vereinten Nationen, der internationalen Verträge und Konventionen, denen Afghanistan

---

[363] Kapitel V (3) des Bonner Abkommens; So auch *Marauhn*, Konfliktfolgenbewältigung in Afghanistan, AVR 2002, S. 480 (493).
[364] Vgl. Art. 19 WVRK.
[365] Das ergab sich aus einem Gespräch mit *Shukria Barakzai* am 10. März 2009 in Kabul.
[366] *Klein*, Universeller Menschenrechtsschutz, EuGRZ 1999, S. 109 (110).

beigetreten ist, sowie die Beachtung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze werden nicht ausdrücklich erwähnt. Damit werden zwei wichtige Quellen des Völkerrechts außer Acht gelassen.[367] Daher bleibt zu klären, ob Afghanistan an diese gebunden ist. Daran schließt sich die Frage an, ob gegebenenfalls von einer Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung gesprochen werden kann.

Grundsätzlich sind alle Staaten an das Völkergewohnheitsrecht gebunden, es sei denn es handelt sich um ein „spezielles" oder „lokales" Völkergewohnheitsrecht.[368] Es ist nicht erforderlich, dass ein Staat an der Staatenübung teilnimmt.[369] Ein Staat muss dann das Gewohnheitsrecht gegen sich gelten lassen, wenn er den Entstehungsvorgang von Anfang an schweigend hingenommen hat (*acquiescence*).[370] Aufgrund des Entwicklungscharakters des Gewohnheitsrechts reicht nach herrschender Meinung nicht ein lediglich einmaliger Widerspruch, sondern nur der beständige Protest, um eine Bindung an die betreffende Regel zu verhindern (sog. *persistent objector)*.[371] Folglich kann der jeweilige Staat nicht gegen seinen ständig geäußerten Willen gebunden werden.[372] Es reicht also aus, wenn Afghanistan zur „schweigenden Minderheit" der Staaten gehört, welche die Entstehung des Gewohnheitsrechts zumindest nicht behindert haben.[373] Aus völkerrechtlicher Sicht gilt das Völkergewohnheitsrecht in allen Ländern, die nicht als *persistent objector* gelten, selbst wenn aus nationaler Sicht hierzu eine innerstaatliche Geltungsanordnung fehlt. Folglich ist auch in Afghanistan das Völkergewohnheitsrecht aus völkerrechtlicher Perspektive zu beachten, obwohl eine innerstaatliche Geltungsanordnung hierzu fehlt.

Bei allgemeinen Rechtsgrundsätzen handelt es sich um die durch wertende Rechtsvergleichung zu ermittelnden materiellen, verfahrensrechtlichen oder rechtsstrukturellen Prinzipien, die übereinstimmend im innerstaatlichen Recht der „Kulturvölker" gelten und zur Übertragung auf das Völkerrecht geeignet sind.[374] Die allgemeinen Rechtsgrundsätze ergänzen die Normen des Völkervertrags- und

---

[367] Zu den klassischen Völkerrechtsquellen gehören laut Art. 38 IGH-Statut die völkerrechtlichen Verträge, das Völkergewohnheitsrecht und die sog. allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, *Herdegen*, Völkerrecht, S. 112; daneben werden als zusätzliche Rechtsquellen einseitige Akte diskutiert (einseitiges Versprechen oder Verzicht auf bestimmte Rechtspositionen eines Staates); schließlich werden auch vielfach Akte internationaler Organisationen als eigene Rechtsquellen anerkannt, *Herdegen*, Völkerrecht, S. 117 ff.

[368] *Evans*, International Law, S. 95.

[369] *Evans*, International Law, S. 102.

[370] *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, S. 43.

[371] *Vitzthum*, in: ders. (Hrsg.), Völkerrecht, S. 61; *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, S. 43.

[372] *Vitzthum*, in: ders. (Hrsg.), Völkerrecht, S. 61.

[373] Vgl. *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, S. 61.

[374] *Vitzthum*, Völkerrecht, S. 65; *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, S. 51.

Völkergewohnheitsrechts.[375] Da eine innerstaatliche Geltungsanordnung für die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der afghanischen Rechtsordnung fehlt, gilt hier das für die Beachtung des Völkergewohnheitsrechts Gesagte: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind für die afghanische Rechtsordnung aus der völkerrechtlichen Perspektive verbindlich, obwohl in der nationalen Rechtsordnung kein Anwendungsbefehl ersichtlich ist.

Folglich sind aus der völkerrechtlichen Perspektive das Völkergewohnheitsrecht sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu beachten. Aus der Sicht der innerstaatlichen Rechtsordnung besteht ein Anwendungsbefehl im Rahmen des Art. 7 AfgVerf nur für das ratifizierte Völkervertragsrecht. Das Fehlen des Völkergewohnheitsrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze relativiert Art. 7 AfgVerf dahingehend, als von einer echten „Völkerrechtsfreundlichkeit" erst zu sprechen ist, wenn auch die (ungeschriebenen) allgemeinen Regeln des Völkerrechts in die innerstaatliche Rechtsordnung einbezogen werden.[376] Die meisten europäischen Verfassungen beziehen neben den völkerrechtlichen Verträgen auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts ein.[377] Daher kann die afghanische Verfassung möglicherweise als eine menschenrechtsfreundliche bzw. völkervertragsfreundliche, nicht aber als völkerrechtsfreundliche Verfassung eingeordnet werden.

cc. Die völkvertragsfreundliche bzw. menschenrechtsfreundliche Auslegung als Mittel zur Vermeidung eines Widerspruchs zwischen Völkerrecht und nationalem Recht

Die völkervertragsfreundliche bzw. menschenrechtsfreundliche Auslegung ist im Ergebnis ein Mittel, um einen Widerspruch zwischen Völkerrecht und nationalem Recht zu vermeiden. Dieser Widerspruch wird jedoch in effektivster Form durch einen Vorrang des Völkerrechts in der innerstaatlichen Normenhierarchie vermieden.[378] Daher ist zu klären, ob dem Völkerrecht in Afghanistan Verfassungsrang eingeräumt wird. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus einer Zusammenschau von Art. 7 und Art. 121 AfgVerf. Nach Art. 121 AfgVerf hat der Oberste Gerichtshof unter anderem die Befugnis zur Überprüfung der internationalen Verträge und Konventionen auf Übereinstimmung mit der Verfassung. Mithin sind internationale Verträge in Afghanistan nur anwendbar,

---

[375] *Vitzthum*, Völkerrecht, S. 64; *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, S. 52; *Hobe,* Einführung in das Völkerrecht, S. 196.

[376] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 242.

[377] Siehe Grundsatz 12 S. 1 der Präambel der französischen Verfassung von 1946 sowie Art. 55 der französischen Verfassung von 1958; Art. 29 Abs. 3 der irischen Verfassung von 1937; Art. 10 Abs. 1 der italienischen Verfassung von 1947; Art. 25, 59 des deutschen Grundgesetzes; Art. 28 Abs. 1 der griechischen Verfassung von 1975; zitiert nach *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 242, Fn. 735.

[378] Vgl. *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (399 ff.).

soweit sie nicht gegen die Vorschriften der Verfassung verstoßen. Hierarchisch steht die Verfassung demnach über den von Afghanistan unterzeichneten völkerrechtlichen Verträgen und Konventionen, insofern diese auf „Übereinstimmung mit der Verfassung“ überprüft werden.

Im Falle der fehlenden Konstitutionalisierung der völkerrechtlichen Verträge ist eine Harmonisierung von Verfassungsrecht und Völkerrecht durch die Heranziehung des Völkerrechts als Auslegungsmaßstab bei der Konkretisierung der materiellen Verfassungsbestimmungen, insbesondere der Grundrechtsvorschriften, erreichbar.[379] Daher ist die Beantwortung der Frage, ob die afghanische Verfassung menschenrechtskonform auszulegen ist, auch vor dem Hintergrund der gezeigten Harmonisierungsanforderung von Bedeutung.

Allerdings ist zu beachten, dass Verstöße gegen Menschenrechtsverträge wegen fehlender Durchsetzungsinstrumente keine weitreichenden Konsequenzen zur Folge haben. Zwar besteht im Zivilpakt und im Sozialpakt ein Berichtssystem[380] sowie im Zivilpakt zusätzlich eine Staatenbeschwerde[381], doch haben diese keine bindende Entscheidung zur Folge.[382]

dd. Begründung und Konsequenz des Gebots der völkervertragsfreundlichen bzw. menschenrechtsfreundlichen Verfassungsinterpretation

Von der Rechtsverbindlichkeit des Völkervertragsrechts in der innerstaatlichen Rechtsordnung Afghanistans ausgehend, ist es entscheidend, ob die afghanische Verfassung darüber hinaus völkervertragsfreundlich ist, so dass auch ihre Regelungen bei mehreren Deutungsmöglichkeiten im Sinne des ratifizierten Völkervertragsrechts auszulegen sind. Die völkervertragsfreundliche Auslegung soll nicht zu einem selbständigen Verfassungsprinzip erhoben werden, sondern aus den verfassungsimmanenten Regelungen abgeleitet werden. Entscheidend hierfür sind die positiven Verfassungsbestimmungen.[383] Ausgangspunkt jeder Verfassungskonkretisierung müssen stets die positiven Verfassungsnormen bleiben.[384] Da die Verfassung in ihren positiven Verfassungsbestimmungen hauptsächlich Bezüge zu Menschenrechten hat,[385] ist es konsequent, in diesem Zusammenhang von einer möglichen menschenrechtsfreundlichen Verfassung zu sprechen. Der Grundsatz der menschenrechtsfreundlichen Auslegung ist spezieller als eine völkervertragskonforme Auslegung, da dieser nur die internationalen Abkommen, die sich mit Fragen der Menschenrechte befassen, umfasst.

---

[379] *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (402).
[380] Art. 40 IPbpR bzw. Art. 16 IPwskR.
[381] Art. 41 IPbpR.
[382] *Doehring*, Völkerrecht, Rn. 996.
[383] Vgl. *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (415).
[384] *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (415).
[385] Präambel 5. Spiegelstrich, Art. 6, Art. 58.

(1) Begründung einer menschenrechtsfreundlichen Verfassungsinterpretation

Die afghanische Verfassung könnte als eine menschenrechtsfreundliche Verfassung eingestuft werden, denn sie erwähnt in einer ganzen Reihe von Vorschriften den Schutz der Menschenrechte. Die Präambel betont die „Achtung der Charta der Vereinten Nationen und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“[386] und den Schutz der „Menschenrechte“[387]. Nach Art. 6 AfgVerf ist der Staat u.a. „zur Schaffung einer wohlhabenden Gesellschaft basierend auf … dem Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde … verpflichtet“. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 58 AfgVerf relevant. Danach gründet der Staat die Unabhängige Menschenrechtskommission,[388] um die Einhaltung der Menschenrechte in Afghanistan zu überwachen, zu verbessern und zu unterstützen. Damit stellt der Verfassungsgeber die afghanische Verfassung von 2004 in den Kontext des sich entwickelnden internationalen Menschenrechtsschutzes.

Zu klären ist, ob der in diesen Regelungen benutzte Begriff der „Menschenrechte“ auch die in den internationalen Erklärungen und Verträgen proklamierten Menschenrechte meint oder nur die in Kapitel 2 der Verfassung aufgelisteten Grundrechte. Während in der deutschen Übersetzung der Verfassung in Art. 58 AfgVerf durchweg die Formulierung „Menschenrechte“ benutzt wird, differenziert die englische Übersetzung zwischen “*human rights”* in Art. 58 Abs. 1 und 3 and “*fundamental rights*”[389] in Abs. 2.[390] Der Originaltext der Verfassung verwendet in Art. 58 AfgVerf einheitlich - parallel zur deutschen Übersetzung „Menschenrechte“ - den Begriff des “*huqūqe bašar*” (Dari) oder “*de bašar de huqūq*” (Pashto). Hingegen ist der Grundrechtsabschnitt in der Verfassung mit “*huqūqe asāsi wa wojāyebe atbā*” (Dari) und “*de atbāo asāsi huqūq aw wojāyeb*” (Paschto) betitelt. Mithin verwendet der Originaltext den Begriff der „Menschenrechte“ in Abgrenzung zu den in der Verfassung konstituierten Grundrechten im 2. Kapitel, so dass er zwischen „Menschenrechten“ und „Grundrechten“ differenziert. Allerdings ergibt sich daraus nicht unmittelbar, was genau unter „Menschenrechten“ zu verstehen ist.

---

[386] Vgl. Präambel 5. Spiegelstrich.

[387] Vgl. Präambel 11. Spiegelstrich.

[388] Zur Arbeit der Unabhängigen Menschenrechtskommission siehe die Internetpräsenz http://www.aihrc.org.af/en, zuletzt aufgerufen am 1. Mai 2012.

[389] Kapitel 2 ist als “Fundamental Rights and Duties of Citizens” betitelt.

[390] Artikel 58 AfgVerf der englischen Übersetzung lautet wie folgt: “(1) The State, for the purpose of monitoring the observation of human rights in Afghanistan, to promote their advancement (behbud) and protection, shall establish the Independent Human Rights Commission of Afghanistan.

(2) Any person, whose fundamental rights have been violated can file complaint to the Commission.

(3) The Commission can refer cases of violation of human rights to the legal authorities, and assist in defending the rights of the complainant.

(4) The structure, and functions of this Commission shall be regulated by law.”

Auf einfachgesetzlicher Ebene wird der Begriff der „Menschenrechte" in Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes zur Struktur, Pflichten und des Mandats der afghanischen unabhängigen Menschenrechtskommission[391] (AUMK-Gesetz) definiert:

> *According to this law, human rights shall mean the fundamental rights and freedoms of Afghan citizens which are enshrined in the Afghan Constitution, declarations, covenants, treaties, and other international human rights instruments ratified and acceded to by Afghanistan and to which Afghanistan is a party.*

Mithin umfasst der Begriff der „Menschenrechte" sowohl die in der Verfassung konstituierten Grundrechte als auch die von Afghanistan ratifizierten internationalen Menschenrechtsabkommen. Die Definition beschränkt sich nach dem Wortlaut zwar auf das AUMK-Gesetz,[392] allerdings kann das Gesetz selbst aufgrund der Ermächtigung in Art. 58 Abs. 4 als Konkretisierung der Verfassung gesehen werden. Daher ist der in der Verfassung verwendete Begrif der „Menschenrechte" als Oberbegriff für die Grundrechte aus dem 2. Kapitel der Verfassung sowie die von Afghanistan ratifizierten Menschenrechtsabkommen zu verstehen.

Folglich ist dieser Gesamtschau der Verfassung eine Menschenrechtsfreundlichkeit der Verfassung zu entnehmen. Konkreter Ausdruck der Menschenrechte sind in der afghanischen Verfassung die im Kapitel 2 enthaltenen Grundrechte sowie die sonstigen materiellen Verfassungssätze.[393] Diese sind bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten im Lichte der internationalen Menschenrechtsabkommen auszulegen. Der Grundsatz der menschenrechtsfreundlichen Auslegung der Verfassung ist auch deswegen zu begrüßen, als sich menschenrechtliche Verträge nicht, wie traditionelle völkerrechtliche Verträge, auf die Außenbeziehungen eines Staates beziehen, sondern auf die Einhaltung bestimmter Standards im nationalen Bereich gerichtet sind und daher einer entsprechenden nationalen Umsetzung bedürfen.[394]

Die islamische Republik Afghanistan ist Mitglied mehrerer internationaler Menschenrechtsabkommen. Dazu gehört insbesondere der Internationale Pakt

---

[391] Law on the Structure, Duties and Mandate of the AIHRC vom 12. Mai 2005, Art. 1 definiert die Funktion dieses Gesetzes wie folgt: "This Law is made pursuant to Article 58 of the Constitution of Afghanistan; and Resolution 134 of 20 December 1993 of the United Nations General Assembly, in order to monitor the observance of human rights, to promote and protect human rights and to regulate the affairs related to the structure, duties, powers and method of work of the Afghanistan Independent Human Rights Commission", das Gesetz ist in englischer Sprache im Internet aufurfbar unter http://www.aihrc.org.af/2010_eng/Eng_pages/about/Law_AIHRC.pdf, zuletzt aufgerufen am 2. Dezember 2011.

[392] Das ergibt sich aus der Formulirung "according to this law".

[393] Vgl. hierzu hinsichtlich des deutschen Grundgesetzes *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (417).

[394] *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002, S. 391.

über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 („Zivilpakt“)[395], der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 („Sozialpakt“)[396], das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966 („Rassendiskriminierungskonvention“)[397], das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (CEDAW)[398], die UN-Anti-Folter-Konvention vom 10. Dezember 1984[399], das Übereinkommen über die Rechte des Kindes („Kinderrechtskonvention“) vom 20. November 1989[400].

Zwar haben islamisch geprägte Staaten im Rahmen islamischer Organisationen[401] selbst eigene Menschenrechtsdokumente[402] entwickelt, diese zeigen jedoch gravierende Unterschiede zu den UN-Erklärungen und Verträgen, insbesondere in Fragen der Religionsfreiheit und der Gleichberechtigung der Geschlechter in allen Lebensbereichen.[403] Da Afghanistan ihnen nicht beigetreten ist, wird nicht näher auf sie eingegangen.

---

[395] International Covenant on Civl and Political Rights, 999 UNTS 171, am 23. März 1976 in Kraft getreten, BGBl. 1973 II S. 1534; von Afghanistan am 24.1.1983 ratifiziert.
[396] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 992 UNTS 3, am 3. Januar 1976 in Kraft getreten, BGBl. 1973 II, S. 1570; von Afghanistan am 24.4.1983 ratifiziert.
[397] International Convention on the Elimination on All Forms of Racial Discrimination, 660 UNTS 195, BGBl. 1969 II, S. 962; von Afghanistan am 6.6.1983 ratifiziert, im Internet aufrufbar unter https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en, zuletzt besucht am 4. Mai 2014.
[398] Die Abkürzung „CEDAW“ bezieht sich auf die englische Bezeichnung „Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women“ vom 18.12.1979 (Resolution 34/180 der Generalversammlung der UNO); BGBl. 1985 II, S. 648; von Afghanistan am 5.3.2003 ratifiziert.
[399] Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 UNTS 85, BGBl. 1990 II, S. 246; von Afghanistan am 1.4.1987 ratifiziert.
[400] Convention on the Rights of the Child, 1577 UNTS 3, BGBl. 1992 II, S. 121; von Afghanistan am 28.3.1994 ratifiziert.
[401] Siehe zur Organisation of the Islamic Conference (OIC) und ihrer Mitglieder ihre Internetpräsenz unter http://www.oic-oci.org/, zuletzt aufgerufen am 1. Februar 2012.
[402] Charta der Organisation der Islamischen Konferenz (Charter of the Organization of The Islamic Conference, 1972, im Internet aufrufbar unter http://www.oic-oci.org/is11/english/Charter-en.pdf, zuletzt aufgerufen am 4. Mai 2014), die Allgemeine Islamische Erklärung der Menschenrechte (Universal Islamic Declaration of Human Rights, 1981, im Internet aufbaur unter https://www1.umn.edu/humanrts/instree/islamic_declaration_HR.html, zuletzt aufgerufen am 4. Mai 2014), die Kairoer Erklärung über die Menschenrechte im Islam (The Cairo Declaration on Human Rights, 1990, im Internet aufrufbar unter http://www.oic-oci.org/english/article/human.htm, zuletzt aufgerufen am 4. Mai 2014) sowie die Arabische Charta über die Menschenrechte (Arab Charter on Human Rights, 1997 im Internet aufrufbar unter http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html, zuletzt aufgerufen am 4. Mai 2014).
[403] *Schöpp-Schilling,* der „Frauenrechtsausschuss“ der Vereinten Nationen, in: Elliesi (Hrsg.), Islam und Menschenrechte, S. 417 (418).

(2) Die völkervertragsfreundliche Interpretation aus Art. 7 AfgVerf

Die völkervertragsfreundliche Auslegung könnte sich darüber hinaus auch dann aus Art. 7 AfgVerf ergeben, wenn die Regelung als Staatszielbestimmung zu qualifizieren wäre, denn Staatszielbestimmungen entfalten ihre Normativkraft über in ihrem Lichte ausgelegte andere materielle Verfassungsnormen.[404] Damit haben sie eine „indirekte Bindungswirkung" hinsichtlich der Verfassungsauslegung.[405] Im Hinblick auf von Afghanistan ratifizierten Menschenrechtsabkommen würde auch das Gebot einer völkervertragsfreundlichen Auslegung zu dem Ergebnis führen, dass Grundrechte und weitere materielle Verfassungsbestimmungen im Sinne dieser Abkommen zu interpretieren wären.

Nach der deutschen Rechtsdogmatik handelt es sich bei Staatszielbestimmungen um eine spezielle Kategorie von Verfassungsnormen, welche die Staatsgewalt auf die Verfolgung eines bestimmten Ziels rechtsverbindlich verpflichten, ohne dem Bürger subjektive Rechte zu gewähren.[406] Dieser Begriff wurde zwar von der deutschen Staatsrechtslehre entwickelt,[407] allerdings existieren Staatszielbestimmungen als Normkategorie, wie hier definiert, in beinahe allen jüngeren demokratischen Verfassungen.[408] Daher werden die von der deutschen Rechtsdogmatik zur Kategorisierung von Staatszielbestimmungen entwickelten Grundsätze im Folgenden auf die afghanische Verfassung übertragen.

(a) Finalprogramm

Kennzeichnend für eine Staatszielbestimmung ist ihre finale Formulierung in Abgrenzung gegenüber den herkömmlichen, nach dem „Wenn-Dann-Schema" aufgebauten Rechtssätzen.[409] Mit dieser Differenzierung eng verwandt ist die normtheoretische Unterscheidung *Ota Weinbergs* zwischen „Verhaltensnormen"

---

[404] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 394; *ders.*, Die Diskussion über die Normierung von Staatszielen, Der Staat 1993, S. 430 (436).

[405] Vgl. *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 394.

[406] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 326; Die Sachverständigenkommission „Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge definiert in ihrem Bericht (Hrsg. Bundesminister des Innern und Bundesminister der Justiz, 1983, S. 21) Staatszielbestimmungen als „Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung, die der Staatstätigkeit die fortdauernde Beachtung oder Erfüllung bestimmter Aufgaben – sachlich umschriebener Ziele – vorschreiben"; vgl. ferner Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat, Stenographischer Bericht der 2. Öffentlichen Anhörung „Staatsziele und Grundrechte" vom 16. Juni 1992; *Scheuner*, Staatstheorie und Staatsrecht, S. 223 ff.

[407] Zuerst bei *Ipsen* im Jahr 1949, vgl. *ders.*, Über das Grundgesetz, Rede anläßlich des Beginns des neuen Amtsjahres des Rektors der Universität Hamburg am 17. November 1949, S. 14.

[408] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 5.

[409] Siehe dazu die Darstellung bei *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 356 ff.

und „Aufgabennormen“.[410] *Ulrich Penski* konkretisiert den Unterschied dieser Normkategorien wie folgt:[411]

> *Vergleicht man Ziel(Aufgaben)normen und Verhaltensnormen, so zeigt sich, daß sie sich dadurch unterscheiden, daß es bei jenen unbestimmt bleibt, welches Verhalten im Einzelnen geboten oder verboten wir. Es wird lediglich insofern bestimmt, als es zur Verwirklichung eines Zielzustandes geeignet sein muß. Bei Verhaltensnormen ist hingegen ein Verhalten bestimmter Art gefordert, ohne daß ein unmittelbarer Bezug zu einem Ziel ausgedrückt wird. Gleichwohl ist es zur Verwirklichung eines Ziels geeignet und von daher zielbezogen.*

Diese Unterscheidungen sind demnach für eine Staatszielbestimmung von Bedeutung, wobei diese Differenzierung eine idealtypische ist, die in der Rechtswirklichkeit durch vielfältige Überschneidungen und Mischformen relativiert wird.[412] An diese Kategorisierung anlehnend enthält Art. 7AfgVerf sowohl Ziel- als auch Verhaltensvorgaben. Das vorgegebene Verhalten manifestiert sich durch die Formulierung „der Staat achtet“ die für Afghanistan verbindlichen Völkerrechtsnormen, wobei das dazu erforderliche Verhalten nicht näher konkretisiert wird. Auch das Ziel ist die Beachtung dieser Völkerrechtsnormen, wobei als Fernziel die Vermeidung von Widersprüchen zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht genannt werden kann. Bezeichnend für das Vorliegen einer Staatszielbestimmung ist, dass Art. 7 AfgVerf nicht dem klassischen „Wenn-Dann“-Schema folgt und durch die fehlende Verhaltenskonkretisierung den Schwerpunkt auf die Beachtung der genannten völkerrechtlichen Verpflichtung, also das Ziel der Vorschrift, verlagert. Mithin liegt eine finale Formulierung dieser Bestimmung vor.

(b) Die Bindungswirkung

Die Regelung des Art. 7 AfgVerf wurde als rechtsverbindlich eingestuft.[413] Die Bindungswirkung der Staatszielbestimmung bezieht sich in der Regel nur auf die Zielvorgaben, während die Wahl der Mittel und Wege und die nähere Konkretisierung der Ziele den staatlichen Organen überlassen bleibt.[414] Vorliegend ist das Ziel auf die Beachtung der oben genannten Verträge, Erklärungen und Konventionen konkretisiert. Durch diese konkrete Formulierung der Ziele möchte der Verfassungsgeber hinsichtlich der völkerrechtlichen Verpflichtungen Afghanistans eine

---

[410] Eine Norm, die die gebotene, verbotene oder erlaubte Verhaltensweise (“*pattern of behaviour*”) angibt, gilt als *Verhaltensnorm*; eine Norm, die das zu erreichende Ziel vorschreibt, wird teleologische oder *Aufgabennorm* genannt, *Weinberger*, Rechtslogik, S. 245 ff.

[411] *Penski*, Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, JZ 1989, S. 105 (107).

[412] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 359; vgl. auch *Weinberger/Weinberger*, Logik, S. 120.

[413] Vgl. Kapitel 2 C. II. 2. bb. (1).

[414] *Maurer*, Staatsrecht I, S. 168.

intensivere Steuerung und damit Bindungswirkung erreichen. Dadurch, dass Art. 7 AfgVerf keine abstrakte Formulierung hinsichtlich der Beachtung der Menschenrechte gewählt hat, sondern der Kanon der Freiheits- und Gleichheitsrechte durch die ratifizierten internationalen Verträge abgeschlossen ist, stellt Art. 7 AfgVerf eine qualifizierte Zielbestimmung dar.[415] Der Ermessensspielraum des Staates ist dadurch eingeschränkt, dass das Völkerrecht für die gesamte Rechtsordnung eine Harmonie zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen und der innerstaatlichen Rechtsordnung fordert. Die Eingrenzung des staatlichen Ermessenspielraums im Hinblick auf Art. 7 AfgVerf hat auch Auswirkungen auf die Bindungswirkung auf die staatliche Gewalt, denn in diesem Zusammenhang gilt die folgende Regel: „Je konkreter ein Staatsziel gefasst ist, desto enger wird sein Zielgehalt, desto konzentrieter und damit intensiver wird zugleich die Bindungswirkung".[416] Mit der Konkretisierung steigt somit der normative Wertgehalt einer Staatszielbestimmung. Eine für eine Staatszielbestimmung erforderliche Bindungswirkung liegt vor.

(c) Die drei Staatsgewalten als Verpflichtungsadressaten

Charakteristisch für das Vorliegen einer Staatszielbestimmung ist ferner, dass sie alle drei Gewalten bindet. Art. 7 AfgVerf benennt den „*Staat*" als Adressaten. Daher ist zu klären, ob es sich hierbei um alle drei Staatsgewalten handelt. Eine Definition des Begriffs „Staat" ergibt sich nicht explizit aus der Verfassung, kann jedoch implizit durch Auslegung ermittelt werden. Die Aufgaben und Rechte des „Staates" werden in diversen Regelungen der Verfassung festgelegt,[417] wobei es sich hauptsächlich um Aufgaben der Exekutive handelt. Dies wird insbesondere in Art. 38 Abs. 2 AfgVerf deutlich: „Niemand, auch nicht der Staat, darf ohne Erlaubnis der Bewohner oder ohne den Beschluss eines zuständigen Gerichts eine Privatwohnung betreten …". Stellt man lediglich auf den Inhalt dieser Regelung ab, spricht die Formulierung dafür, dass der Begriff des Staates nicht mit der rechtsprechenden oder legislativen Gewalt gleichzusetzen ist. Bei einer Durchsuchung handelt es sich um eine typische Aufgabe der Exekutivorgane.[418] Allerdings würde Art. 7 AfgVerf nahezu leer laufen, wenn nur die exekutive Gewalt damit gemeint wäre.

Im Originaltext auf Dari und Paschto wird der Begriff "*dawlat*" gewählt. Diese Formulierung deckt sich in allen Vorschriften mit der deutschen Übersetzung „*Staat*".[419] Unter dem Begriff des "*dawlat*" werden in Afghanistan alle drei

---

[415] Vgl. *Sommermann*, Staatsziel „Europäische Union", DÖV 1994, S. 596 (598).

[416] *Sommermann*, Staatsziel „Europäische Union", DÖV 1994, S. 596 (601).

[417] Art. 5, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 24 Abs. 2 S. 2, 31 Abs. 2, Art. 47, 50, 52, 53, 54, 57 AfgVerf.

[418] Vgl. zur deutschen Rechtsordnung *Cassardt,* in: Umbach/Clemens, GG-Mitarbeiterkommentar, Art. 13, Rn. 84.

[419] Vgl. auch *Ebrahim-Nesbat*, Rechtswörterbuch Persisch-Deutsch, S. 203.

Staatsgewalten bezeichnet.[420] Im Kapitel 4 werden die Aufgaben und Befugnisse der Regierung unter "*hūkomat*" bezeichnet.[421] Daher spricht die Auswahl des weiten Begriffs des "*dawlat*" im Originaltext dafür, von allen drei Staatsgewalten auszugehen.

(d) Kein subjektiv-rechtlicher Anspruch

Ein subjektiv-rechtlicher Schutz wird nicht begründet, da sich ein solcher nicht in wörtlicher oder systematischer Hinsicht aus dem Verfassungstext ergibt. Dem Einzelnen wird keine durchsetzbare Rechtsstellung durch die Norm selbst verliehen. Davon abzugrenzen ist jedoch die Frage, ob die Anwendung der völkerrechtlichen Norm als rechtsverbindlich angeordnet wird und hierdurch den Regelungen des Völkervertragsrechts als „self-executing" treaties eine subjektiv-rechtliche Wirkung zukommt.

(e) Zwischenergebnis

Mithin bindet Art. 7 AfgVerf als Staatszielbestimmung alle drei Gewalten an die für Afghanistan verbindlichen völkerrechtlichen Verträge.

ee. Zwischenergebnis: Menschenrechtsfreundliche bzw. völkervertragsfreundliche Auslegung der Verfassung

Aufgrund der Regelung des Art. 121 AfgVerf inkorporiert Art. 7 AfgVerf die Menschenrechte zwar nicht in das afghanische Verfassungsrecht, erhebt sie aber durch die Menschenrechtsfreundlichkeit der Verfassung zu verbindlichen Auslegungskriterien der Verfassungsregelungen. Daher sollten insbesondere die Grundrechte nach Möglichkeit im Einklang mit den menschenrechtlichen Verpflichtungen Afghanistans ausgelegt werden.[422] Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt man auch dadurch, dass man Art. 7 AfgVerf als Staatszielbestimmung wertet, wonach die materiellen Verfassungsbestimmungen im Sinne des von Afghanistan ratifizierten Völkervertragsrechts auszulegen sind. Zu diesen völkerrechtlichen Verträgen zählen auch die Menschenrechtsabkommen.

Das gilt allerdings nur für die von Afghanistan ratifizierten völkerrechtlichen Konventionen und Verträge, die Charta der Vereinten Nationen sowie die

[420] Für diesen Hinweis möchte ich mich bei meinem Vater *Ronagul Aryobsei* bedanken.

[421] Vgl. hierzu die Übersetzung bei *Ebrahim-Nesbat*, Rechtswärterbuch, Deutsch-Persisch, S. 296, im Internet aufrufbar unter http://d-nb.info/1003102395/34, zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2012.

[422] Das BVerfG hat bezüglich des Grundgesetzes auch auf eine menschenrechtsfreundliche Auslegung verwiesen: „…Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen…", BVerfGE 74, S. 358 (370) = EuGRZ 1987, S. 203 (206); vgl. ferner BVerfGE 128, S. 326 (366 ff.).

Allgemeine Menschenrechtserklärung und nicht für etwaige andere Menschenrechtsabkommen, sofern diese die Verfassungsnormen thematisch berühren.[423]

Die völkervertragskonforme bzw. menschenrechtsfreundliche Auslegungsmaxime der Verfassung bezweckt nicht, dass möglichst zahlreiche völkerrechtlich verbindliche Handlungsanweisungen an die nationale Rechtsordnung in die Verfassung hineingelesen und so mittelbar konstitutionalisiert werden.[424] Sie dient einer möglichst weitgehenden Harmonisierung des höchstrangigen innerstaatlichen Rechts mit den unter Beachtung der innerstaatlichen Ziele übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen.[425] Diese Maxime findet aus der verfassungsrechtlichen Sicht dort ihre Grenze, wo die völkerrechtlichen Regelungen sich nicht in die Zielstruktur der Verfassung fügen, so dass ein Staat vor der Ratifikation zur Überprüfung dieser verpflichtet ist.[426] Verstoßen völkerrechtliche Verpflichtungen Afghanistans evident gegen die Zielstruktur der Verfassung, gilt durch die Regelung des Art. 121 AfgVerf der Vorrang der Verfassung gegenüber dem Völkerrecht.

b. Die islamkonforme Interpretation

Der Islam ist fest verankerter Bestandteil aller bisherigen afghanischen Verfassungen und so auch in der Verfassung von 2004. Die Bindung an den Islam wird schon in der Präambel deutlich: Sie beruft sich auf das Volk und beschwört den festen Glauben an Allah als allmächtigen Gott und an die heilige Religion des Islam. In zahlreichen Bestimmungen der Verfassung wird ein Islambezug deutlich.[427] Im Folgenden ist daher die normative Bedeutung solcher Islambezüge in der Verfassung herauszuarbeiten. Vorab wird ein Überblick über das islamische Recht, seine Bedeutung, seine Ausströmungen und seine Rechtsquellen dargestellt. Sodann soll anhand der Verfassungsbestimmungen ausgelegt werden, welchen Rechtsgehalt den islamischen Regelungen der Verfassung zukommt und welche Rechtsquellen des islamischen Rechts die Verfassung konstituiert. Schließlich wird gezeigt, dass der Islam als Leitwert der Verfassung gilt und dieser als verfassungsimmanente Auslegungsmethode zu beachten ist.

---

[423] Vgl. *Sommermann*, der im Falle des Art. 1 Abs. 2 GG auch solche Menschenrechtsabkommen einbezieht, die nicht von der Bundesrepublik ratifiziert wurden, sofern sie nur einen thematischen Anknüpfungspunkt im Grundgesetz finden und in derselben Menschenrechtstradition wie dieses stehen. *Sommermann*,Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (420).

[424] *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (416).

[425] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 408.

[426] Vgl. *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 408.

[427] Art. 1, 2, 3, 17, 18, 19, 23, 35, 45, 54, 60, 62, 81, 116, 118, 130, 131, 149, 159, 161, 162 AfgVerf.

aa. Überblick über das islamische Recht

Der Begriff des „islamischen Rechts" wird grundsätzlich zur Bezeichnung des gesamten Rechtssystems verwendet, welches mit der islamischen Religion in Verbindung gebracht wird.[428] Dieser Ausdruck umfasst sowohl die primären Quellen dieser Rechtsordnung, die auch als *šarī`a* bezeichnet werden,[429] als auch jene Regelungen, welche die islamische Rechtswissenschaft (*fiqh*) aus diesen ableitet.[430] Der *fiqh* ist jedoch als die Wissenschaft des islamischen Rechts anzusehen, der *faqīh* ist der Rechtswissenschaftler (pl. *fuqahā)*[431]. In wörtlicher Bedeutung kann *fiqh* als „verstehen oder begreifen" übersetzt werden.[432] Im Zusammenhang mit dem islamischen Recht kann er als Methode der Erkenntnis der im *qur`ān* und in der *sunna* enthaltenen *šarī`a* verstanden werden. Diese wird durch eine vernünftige Methode abgestimmt und erklärt.[433] Während die Interpretation der *šarī`a* im Wege des *fiqh* ein menschliches Produkt ist,[434] gilt die *šarī`a* als übermenschliches Recht.[435] Da die Interpretation dieser Texte in der Praxis der einzig mögliche Zugang zu diesen ist, werden die Begriffe des *fiqh* und der *šarī`a* vielfach synonym verwendet.[436] Im Rahmen des weiteren Vorgehens wird bei der Verwendung der Begriffe des *fiqh* sowie der *šarī`a* die beschriebene Unterteilung herangezogen.

Der Begriff der *šarī`a* bedeutet im religiösen Zusammenhang den Weg, den Gott dem Menschen vorgeschrieben hat und mit dessen Verkündung er seinen Propheten beauftragt hat.[437] Sowohl der *qur`ān* als auch die *sunna* werden hiervon erfasst. Die *šarī`a* ist ein Rechtssystem, allerdings normiert sie darüber hinaus auch Regelungen, die sich als moralische, religiöse[438] und rechtliche Bestimmungen auf sämtliche Bereiche des Lebens erstrecken.[439] Die *šarī`a* teilt alle menschliche Verhaltensweisen nach religiös-ethischer Wertung in folgende fünf Kategorien: pflichtgemäße (*fard*), empfehlenswerte (*mandūb*), indifferente (*mubāh*), verwerfliche (*makrūh*) und verbotene Handlungen (*harām*). Das klassische islamische Recht gilt

---

[428] *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden in der islamischen Republik Iran, S. 73; Vgl. *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 21.

[429] Teilweise wird allein der *Qur`ān* als Primärquelle des islamischen Rechts gesehen, siehe m.w.N. *Krawietz*, Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, S. 182.

[430] *Schimmel,* Die Religion des Islam, S. 54.

[431] *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in:Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (139).

[432] Encyclopaedia of Islam, Fiḳh, Brill Online, S. 1.

[433] *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 27.

[434] *Mahmoudi*, The *Sharī`*a in the New Afghan Constitution, ZaöRV 64 (2004), S. 867.

[435] *Schneider,* Fiqh, in: …(im Erscheinen).

[436] *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 27; *Schneider,* Fiqh, in: …(im Erscheinen).

[437] Siehe zur Entwicklung dieses Begriffs *Nagel*, Das islamische Recht, S. 3 ff.

[438] Siehe zu den religiösen Aspekten des Islam *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 22 ff.

[439] *Buchta*, Schiiten, S. 59; *Schneider,* Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in:Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (139).

als Modellfall eines religiösen Rechtssystems.[440] Dadurch, dass Rechtsnormen als solche Bestandteil der Religonssätze sind, ergibt sich schon systemimmanent ein besonderer Grundcharakter der Normierungen:[441] Das „göttliche" Gesetz enthält einen Dualismus von rechtlichem Regelungsmaterial und religiösem Gebot.[442] Von diesem Ausgangspunkt aus erfasst das islamische Recht einen weiteren Bereich als das Recht im abendländischen Verständnis.[443] Die europäischen „christlichen" Rechtsstrukturen entstammen der Rechtskultur der römischen Spätantike und haben damit eine direkte Verbindung zum römischen Recht der antoninischen Zeit.[444] Im römischen Recht wird das Gesetz als technisches Regelungsinstrument und nicht als Gegenstand religiöser Verehrung behandelt. Durch diesen Hintergrund versteht sich die abendländische Rechtsordnung im Gegensatz zum islamischen Verständnis von Recht als säkular, was bedeutet, dass es von den weltlichen Autoritäten „geschaffen" und verändert werden kann.[445]

Im Laufe der islamischen Expansion wurden vier sunnitische Rechtsschulen gegründet,[446] die die Kontinuität des göttlichen Gesetzes sicherstellen sollten. Sie sind nach ihren Gründern benannt:[447] die hanafitische Rechtsschule, benannt nach *Abu Hanifa*, die malikitische Rechtsschule, benannt nach *Mālik ibn Anas*, die schafiitische Rechtsschule, benannt nach *Muhammad bin Idrīs als-Shāfi`ī* und die hanbalitische Rechtsschule, benannt nach *Ahmad bin Hanbal*.[448] Zwar erkennen sich die jeweiligen Rechtsschulen gegenseitig an, allerdings findet sich auch in zahlreichen wichtigen Fragen innerhalb der verschiedenen Schulen eine beachtliche Meinungsvielfalt.[449] Das betrifft insbesondere die Haltung zur Rechtsquellenlehre und deren Anwendung.[450]

---

[440] *Schacht*, An Introduction to Islamic Law, S. 1 ff.

[441] *Pohl*, Islam und Friedensvölkerrechtsordnung, S. 18.

[442] *Schacht*, An Introduction to Islamic Law, S. 18.

[443] *Pohl*, Islam und Friedensvölkerrechtsordnung, S. 25; *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in:Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (139).

[444] *Pohl*, Islam und Friedensvölkerrechtsordnung, S. 18 f.

[445] *Pohl*, Islam und Friedensvölkerrechtsordnung, S. 19; vgl. *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (139).

[446] *Schimmel,* Die Religion des Islam, S. 51 f.

[447] Zu der Entstehung der Rechtsschulen siehe u.a. *Hallaq,* The Origins and Evolution of Islamic Law, S. 150 ff.

[448] *Hutter*, Die Weltreligionen, S. 96; *Radtke*, Der sunnitische Islam, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 55 (63 ff.); *Khoury*, Einführung in die Grundlagen des Islams, S.106.

[449] Siehe zu Beispielsfällen hierzu statt vieler *Rohe*, Das islamische Recht, S. 29.

[450] Siehe zu den Eigenheiten der vier islamischen Rechtsschulen *Krawietz,* Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, S. 62 ff.

Zeitversetzt haben sich hierzu innerhalb der Schia drei wesentliche Rechtsschulen entwickelt: die heute dominierende Zwölfer-Schia (*Imāmīya*), die Fünfer-Schia (*Zaidīya*) sowie die Siebener-Schia (*Isma`iliya*).[451]

Die Quellen des Islam (*usūl al-fiqh)* wurden im sunnitischen Islam im 9. Jh. n. Chr. durch *Muhammad ibn Idris ash-Shafi`i* festgesetzt.[452] Danach basiert das System der Rechtsquellen sowohl auf schriftlich fixierten oder mündlich überlieferten Aussagen als auch auf bestimmten Methoden der Rechtsfindung, wobei die sunna in den „sechs" Büchern kanoniert wurde.[453] Als abschließende Quellen gelten der *qur`ān*, die *sunna*, der Konsens der Rechtsgelehrten (*iǧmāʿ*) und der Analogieschluss (*qiyās*).[454]

Die ersten Rechtsgelehrten hatten als sichere Quellen nur den *qur`ān* und die *sunna*. Folglich hatten sie im Rahmen der Rechtsfindung einen Beurteilungsspielraum und hatten Rechtsfragen auf Grund ihrer eigenen Interpretation dieser Quellen zu entscheiden.[455] Die unabhängige Interpretation der beiden Rechtsquellen *qur`ān* und *sunna* wird *iǧtihād* genannt.[456] Durch die Etablierung der verschiedenen Rechtsschulen wurde die Form des *iǧtihād* immer mehr zurückgedrängt.[457] Je umfangreicher die Zahl der Konsensentscheidungen wurde, desto weniger Raum verblieb dem *iǧtihād* und desto mehr verlor die Rechtsliteratur der verschiedenen Rechtsschulen an Originalität.[458] Nach herrschender, jedoch nicht unumstrittener, Ansicht wurde das „Tor des *iǧtihād*" geschlossen, so dass künftig juristisches Denken als unzulässig angesehen wurde und sich rechtliche Ergebnisse im Rahmen der vorhandenen Lehrmeinungen zu halten hatten.[459] Freie juristische Meinungsäußerungen konnten sich so nur noch im engen Rahmen der Analogie und des Konsens der Rechtsgelehrten bewegen.[460] Seit dem 19./20. Jahrhundert ist diese Frage wiederholt diskutiert worden.[461] So formuliert *Abdelmajid Charfi*:

---

[451] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 30.
[452] *An-Na`im,* Toward an Islamic Reformation, S. 18.
[453] *Ebert*, Interdependenz, S. 30; *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 2.
[454] Zu den Rechtsquellen des Islams gibt es zahlreiche Literatur, siehe beispielsweise *Baderin*, International Human Rights and Islamic Law, S. 34 ff.; *Khoury*, in: ders./Heine/Oebbecke (Hrsg.), Hdb. Recht und Kultur des Islams, S. 37 (38 ff.); *Krawietz*, Hierarchie der Rechtsquellen; *Negm*, Die Rechtsquellen des islamischen Rechs; *Kuhn-Zuber*, in: Hasse/Müller/Schneider (Hrsg.), Menschenrechte, S. 307 (309 f.).
[455] *Jaeger*, Die Stellung der Frau im Islamischen Ehe- und Scheidungsrecht, S. 5.
[456] *An-Na`im,* Toward an Islamic Reformation, S. 27.
[457] *Waletzki*, Ehe, S. 125; *Ali*, Gender and Human Rights, S. 23.
[458] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 59.
[459] *Jaeger*, Die Stellung der Frau im Islamischen Ehe- und Scheidungsrecht, S. 6; *Ebert* weist daraufhin, dass die Theorie von der „Schließung des Tores des *iǧtihād*" aufrund der Ausformung der Rechtsschulen dem realen Prozess der Rechtsschöpfung und der partiellen Anpassung von islamischen Normen an gesellschaftliche Erfordernisse widerspricht, *Ebert,* Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 199 (203).
[460] *Pohl*, Islam und Friedensvölkerrechtsordnung, S. 25.
[461] Näher dazu *An-Na`im,* Toward an Islamic Reformation, S. 27.

> *Die gravierendste Folge aus der Tätigkeit der fuqaha ist es, dass die Muslime aufgehört haben, direkt den koranischen Text zu bemühen, und so sekundären Texten den ersten Platz zugebilligt haben, die angeblich die Erkenntnis aus ihnen (den primären Texten) ziehen, während sie (die sekundären Texte) tatsächlich ein Hindernis für das Verständnis und die persönliche Reflexionen darstellen, die ohne Vormundschaft und in voller Freiheit erfolgt…*[462]

Auf Grundlage dieser Interpretation wurden in einigen islamischen Ländern gesetzliche Neuerungen eingeführt.[463] Allerdings wird die Gefahr des *iǧtihād* auch darin gesehen, dass wer ihn ausübt, die Möglichkeit hat Gottgewolltes zu verbieten oder von ihm Missbilligtes in die Welt zu setzen.[464]

Mithin hat sich im klassischen islamischen Recht ein System von vier Rechtsquellen - *qur`ān, sunna*, *iǧmāʿ* und *qiyās* - gebildet. Die Hanafiten erkennen daneben zwei weitere Rechtsfindungsmittel an: *ra`y*, die persönliche Meinung sowie den *istihsān,* das für angemessen Halten einer Lösung im Hinblick auf die Gesellschaft.[465] Im Folgenden werden diese Quellen und ihr Verhältnis überblicksartig dargestellt. Für Einzelheiten wird auf die Studie zur Rechtsquellenlehre von *Birgit Krawietz* verwiesen.[466]

(1) Der *qur`ān*

Der *qur`ān*[467] gilt als Hauptrechtsquelle des islamischen Rechts.[468] Er gilt nach Auffassung aller Muslime als das wahrhaftige Wort Gottes.[469] Das heilige Buch ist nach islamischem Verständnis dem Propheten Mohammed durch den Engel Gabriel übermittelt worden, und zwar im Verlauf eines Zeitraums von etwa dreiundzwanzig Jahren.[470] Zu Lebzeiten Mohammeds wurde der *qur`ān* mündlich und schriftlich festgehalten, indem die Gefährten des Propheten die Offenbarungen memorisierten oder seine Sekretäre sie niederschrieben, während Mohammed selbst des Schreibens und Lesens unkundig gewesen sein soll.[471] Während der Herrschaft des dritten Kalifen *`Uthmān ibn ʿAffān* (644 bis 656 n. Chr.) wurden die

---

[462] *Charfi*, L`islam, S. 168, zitiert nach *Rohe*, Das islamische Recht, S. 60.
[463] Beispielsweise das Polygynie-Verbot in Tunesien, vgl. *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, S. 138 (163).
[464] Vgl. *Krawietz,* Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, S. 354.
[465] *Radtke,* Der sunnitische Islam, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 55 (65).
[466] *Krawietz,* Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, S. 87 ff.
[467] Die im Folgenden erfolgten Zitate aus dem *qur`ān* stammen aus der *qur`ān*-Übersetzung von *Rudi Paret.*
[468] *Büchler*, Das islamische Familienrecht, S. 11.
[469] *Nagel,* Das islamische Recht, S. 3; *Schimmel,* Die Religion des Islam, S. 27.
[470] Siehe Koran Sure 17, Vers 106; *Ramadan*, Das islamische Recht, S. 38; *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 3.
[471] *Büchler*, Das islamische Familienrecht, S. 12.

gesammelten Verse zusammengetragen und als vollständige Version an alle Städte des Reiches versandt. Er umfasst 114 unterschiedlich lange Suren und über 6000 Verse.[472] Während vorrangig Fragen des Glaubens im *qur`ān* behandelt werden, beschäftigt er sich auch mit rechtlichen Angelegenheiten.[473] Der *qur`ān* gilt als die Verkörperung uneingeschränkter gesetzgebender Gewalt und damit der Ursprung jeglicher Gesetzlichkeit und rechtlicher Verbindlichkeit.[474] Seine Regelungen sind nach konservativer Ansicht universell und zeitlos gültig.[475]

(2) Die *sunna*

Da viele rechtliche Vorgänge im *qur`ān* nicht geregelt sind, genügt er als ausschließliche Rechtsquelle nicht.[476] Daher stellt die *sunna* (arab. „gewohnte Handlung, eingeführte Brauch") die zweite, den *qur`ān* ergänzende Quelle dar.[477] Durch ash-Shafi`i erhielt der Begriff der *sunna* eine neue Bedeutung.[478] Hatte man davor als *sunna* den Rechtsbrauch bzw. die Rechtstradition der lokalen Rechtsschule verstanden, forderte er fortan, lediglich die als gesichert tradierte *sunna* des Propheten anzukennen. Sie ist die gesamte Überlieferung (*ahadī̱t,* sing. *hadī̱t*) dessen, was der Prophet gesagt, getan oder gebilligt hat.[479] Allerdings wird die *sunna* auf Überlieferungen beschränkt, soweit sie auf seiner Propheteneigenschaft beruhen und nicht auf seiner Eigenschaft als schlichter Mensch.[480] In der malekitischen Rechtsschule wird von dem Begriff der *sunna* auch die Übung der Prophetengenossen und die in Medina geübte Praxis erfasst.[481] Ein *hadī̱t* besteht aus zwei Teilen, nämlich dem Text und den Namen derer, die das Wort gehört haben.[482] Da die Worte und Taten Mohammeds über Jahrhunderte mündlich überliefert wurden, mischten sich auch weniger authentische und falsche Berichte darunter. Als Reaktion hierauf stellten islamische Gelehrte Sammlungen von *hadī̱ten* zusammen.[483] Die Überlieferungskette muss nicht nur korrekt, sondern

---

472 *Büchler*, Das islamische Familienrecht, S. 12.
473 Dazu gehören beispielsweise das Familienrecht, Erbrecht, Kaufrecht, Miete, Mord, Raub, Kriegsrecht und das Beweisrecht.
474 *Ramadan*, Das islamische Recht, S. 40.
475 *Hartmann*, Pluralismus und Toleranz, in: Augustin/Wienand/Winkler (Hrsg.), Religiöser Pluralismus, S. 123(126).
476 *Jaeger*, Die Stellung der Frau im Islamischen Ehe- und Scheidungsrecht, S. 4.
477 Während die Authenzität des *qur`ān* nicht umstritten ist, gibt es schon seit längerer Zeit eine heftige Debatte darüber, welchen Stellenwert der *Sunna* einzuräumen ist, siehe dazu grundlegend *Brown*, Rethinking Tradition in Modern Islamic Thought.
478 *Radtke*, Islamische Rechtsquellen, in: Haarmann (Hrsg.), Der Islam, S. 46.
479 *Krawietz*, Hierarchie der Rechtsquellen, S. 115 ff.. *Nagel*, Das islamische Recht, S. 5. *Khoury,* Einführung in die Grundlagen des Islams, S. 98 ff.
480 Zu den einschlägigen *Hadīthen* hierzu siehe *Rohe*, Das islamische Recht, S. 53.
481 *Rohe*, Das islamische Recht, S. 52.
482 *Haußig,* Islam, S. 107.
483 Vgl. *Haußig*, Islam, S. 39 f.

auch ununterbrochen erfolgt sein (*isnād*)[484]. Als besonders verlässlich geten die zwei großen Kollektoren *al-Bukhārī* (810-870 n. Chr.) und *al-Muslim* (817-875 n. Chr.). In ihrer grundsätzlichen Bedeutung ist die *sunna* als Rechtsquelle weitgehend unumstritten.[485]

(3) Der Konsens der Rechtsgelehrten (*iğmā*)

Ergibt sich sowohl aus dem *qur`ān* als auch der *sunna* keine Antwort auf eine Rechtsfrage, ist als dritte Rechtsquelle die *iğmā*ʿ heranzuziehen.[486] Hierbei handelt es sich um den Konsens aller relevanten Gelehrten in Übereinstimmung mit *qur`ān* und *sunna.*[487] Dieses Prinzip wird angewandt, um eine gemeinsame Interpretation von *qur`ān* und *sunna* zu erreichen.[488] Zur Legitimation der *iğmā*ʿ werden sowohl Verse des *qur`ān*[489] als auch Prophetenäußerungen angeführt.[490] Kaum eine Frage des islamischen Rechts ist so umstritten, wie die nach Zustandekommen und Wirkung der *iğmā*ʿ.[491] Nicht klar ist, wer an einer Konsensentscheidung beteiligt sein muss, wie diese Entscheidung entsteht, und ob der Konsens künftige Rechtsgelehrte bindet.[492] Einigkeit besteht darüber, dass Konsensentscheidungen der anerkannten Prophetengenossen bindend sind und dies auch bleiben.[493] Die Hanafiten weiten den Kreis derjenigen, die den Konsens bilden können, auf alle Gläubigen aus.[494]

(4) Analogie (*qiyās*) als abgeleitete Rechtsquelle

Im Verlaufe der islamischen Expansion traten etliche neue Rechtsfälle auf, die weder durch *qur`ān* und *sunna* noch durch Konsens entschieden werden konnten.[495] Daher wird als vierte Rechtsquelle die *qiyās*, die Auslegung per Analogie,

---

[484] *Büchler*, Das islamische Familienrecht, S. 12.
[485] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 52.
[486] Vgl. *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 7; *Haußig,* Islam, S.42.
[487] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 58.
[488] Vgl. *Rohe*, Das islamische Recht, S. 58 ff.
[489] So Sure 4, Vers 115: „Wer sich dem Gesandten widersetzt, nachdem ihm die Rechtleitung deutlich geworden ist, und einem anderen Weg als dem der Gläubigen folgt, den lassen Wir verfolgen, was er verfolgt hat, und in der Hölle brennen – welch schlimmes Ende!“ Ferner Sure 3, Vers 110: „Ihr seid die beste Gemeinschaft, die je unter den Menschen hervorgebracht worden ist. Ihr gebietet das Recht und verbietet das Verwerfliche und glaubt an Gott.“ Sowie Sure 2, Vers 143: „Und so haben Wir euch zu einer in der Mitte stehenden Gemeinschaft gemacht, auf daß ihr Zeugen seid über die Menschen und der Gesandte Zeuge sei über Euch.“
[490] Siehe *Krawietz*, Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, S. 194 f.
[491] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 59; siehe dazu im Einzelnen Encyclopedia of Islam, Bd. III, S. 1023 ff.
[492] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 59.
[493] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 59.
[494] Encyclopedia of Islam, Bd. III, S. 1023.
[495] *Krawietz*, Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, S. 204.

herangezogen.[496] Die Definitionen dessen, was als Rechtsanalogie in der islamischen Wissenschaft bezeichnet wird, sind vielgestaltig, weisen aber einen einheitlichen Kern auf.[497] Im Wesentlichen handelt es sich um die Übertragung einer in den heiligen Texten oder durch *iǧmāʿ* festgelegten *šarī`a*-rechtlichen Beurteilung auf einen dort nicht niedergelegten abweichenden oder ähnlichen Fall.[498] Nach klassischem Verständnis ist der *qiyās* auf eine fortgeltende (also nicht abrogierte) Basis in *qur`ān*, *sunna* oder *iǧmāʿ* zu stützen.[499] Die dort behandelte Rechtsfrage muss der zu Entscheidenden vergleichbar sein.[500] Dafür ist zunächst die ratio der Analogiebasis zu ermitteln. Sie muss deutlich, bestimmt und geeignet sein und darf nicht den Charakter einer Spezial- oder Ausnahmeregelung aufweisen. Ist die ratio auf den zu entscheidenden Sachverhalt übertragbar, so unterliegt er derselben Beurteilung. Die gefundenen Entscheidungen sind singulär und im Rang den zuvor genannten Rechtsquellen untergeordnet. Bei allgemeiner Anerkennung können diese Regelungen auch zur *iǧmāʿ* erstarken.

bb. Andere Quellen des islamischen Rechts

Über diese vier Rechtsquellen hinaus haben die muslimischen Rechtsgelehrten jedoch in der Praxis auch andere Quellen als rechtmäßig anerkannt und angewandt.[501] Unter den Rechtsgelehrten besteht jedoch keine völlige Übereinstimmung über ihre Gesetzeskraft. Die wichtigste dieser Quellen ist das Gewohnheitsrecht (*al-ʻurf wa al-ʻāda*). Nach der klassischen islamischen Rechtslehre gehörte das Gewohnheitsrecht nicht zu den formalen Rechtsquellen des islamischen Rechts.[502] Das Gewohnheitsrecht fand entweder Geltung durch *hadīṯe* oder im Wege der *iǧmāʿ*.[503] Eine darüber hinausgehende Anerkennung als eigenständige Rechtsquelle ist erst seit dem 16. Jahrhundert in der hanafitischen Rechtslehre zu verzeichnen.[504] Die Rechtsgelehrten, die für eine Lückenschließung durch das Gewohnheitsrecht plädieren, führen zur Stützung ihrer These einen *hadīṯ* an, der besagt: „Was den Muslimen gut erscheint, erscheint Allah ebenso."[505] Die klassische Theorie hat jedoch das Gewohnheitsrecht nur insoweit anerkannt, solange es nicht mit den anderen Rechtsquellen in Widerspruch steht.

---

[496] *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 6.
[497] Siehe m.w. N. *Krawietz*, Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, S. 204.
[498] *Hodkinson,* Muslim Family Law, S. 5.
[499] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 63.
[500] Im Folgenden *Rohe*, Das islamische Recht, S. 63.
[501] *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 38; Vgl. *Rohe*, Das islamische Recht, S. 64 ff..
[502] Encyclopedia of Islam, Volume X, S. 887.
[503] Encyclopedia of Islam, Volume X, S. 888.
[504] Encyclopedia of Islam, Volume X, S. 888.
[505] *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 63; siehe ausführlich hierzu *Momen*, An Introduction to Shi`i Islam, S. 38.

cc. Besonderheiten des schiitisch-islamischen Rechts

Die Entstehung der *schi`a* ist auf einen Streit der Prophetengefährten um die Nachfolge Mohammes nach dessen Tod im Jahre 632 Mohammed zurückzuführen.[506] Während die Mehrheit der Prophetengefährten unter Führung von Abu Bakr und Umar, den beiden Schwiegervätern Mohammeds, der Überzeugung waren, dass Mohammed keine Nachfolgeregelung getroffen hatte, war eine Minderheit der Überzeugung, dass der Prophet alleine seinen Cousin und Schwiegersohn *´Alî Ibn Abî Talib* als seinen Nachfolger auserwählt habe.[507]

Die Mehrheitsfraktion der Prophetengenossen setzte sich schließlich durch und ernannte Abu Bakr (632-634) zum ersten Kalifen, der kurz vor seinem Tod Umar zu seinem Nachfolger kürte.[508] Nach der Ermordung des dritten Kalifen *Othman* wurde schließlich *´Alî Ibn Abî Talib* zum neuen Kalifen gewählt.

Trotz einer Reihe beachtlicher Gemeinsamkeiten zwischen Sunniten und Schiiten existieren eine Reihe unterschiedlicher Vorstellungen hinsichtlich religiös-politischer und kultisch-rechtlicher Aspekte.[509] Hauptstreitpunkt ist die Frage des Imāmats.[510] Die Mehrheit der heutigen Schiiten ist zu der sogenannten Zwölferschia zu zählen.[511] Für diese Schiiten waren die zwölf Imame zur Herrschaft über die muslimische Gemeinschaft bestimmt. Zu diesen zwölf Imamen gehörte *´Alî Ibn Abî Talib* und eine bestimmte Reihe von Nachkommen aus seiner Ehe mit der Prophetentochter *Fatima*. Nach sunnitischer Aufassung wird dagegen der Kalif als Vertreter des Propheten gesehen.[512] Dieser gilt als temporärer, weltlicher Herrscher der muslimischen Gemeinschaft.

Bezüglich der Rechtsquellen stützen sich Schiiten ebenfalls auf den *qur`ān* und die *sunna*. Allerdings wird nicht nur das Leben des Propheten als verbindlich angesehen, sondern auch die Worte und Taten der Zwölfer-Imame, die ihm folgten, sowie der Tochter des Propheten *Fatima*. Aus der schiitischen Sicht scheint diese Anerkennung auch konsequent, denn ihr zufolge sind die Imame mit einer göttlichen Lichtsubstanz ausgestattete, unfehlbare, sündlose und mit dem potenziellen Wissen über die verborgenen und zukünftigen Dinge begnadete

---

[506] *Buchta*, Schiiten, S. 14; *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 63; siehe ausführlich hierzu *Momen*, An Introduction to Shi`i Islam, S. 11 ff; Siehe auch *Nasir*, The Islamic Law of Personal Status, S. 11 ff.

[507] *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden in der islamischen Republik Iran, S. 64; *Ende*, Der schiitische Islam, in: ders./Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 70 (71).

[508] *Buchta*, Schiiten, S. 15.

[509] *Buchta*, Schiiten, S. 57.

[510] *Buchta*, Schiiten, S. 57.

[511] *Ende*, Der schiitische Islam, in: ders./Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 70.

[512] Siehe zur klassischen sunnitischen Kalifatslehre *Reiners*, Die klassische islamische Staatsidee, S. 54 ff.; zur historischen Entwicklung des Kalifats siehe *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 69 ff.

Wesen, die allein als Garanten des wahren Glaubens dienen können.[513] Die *sunna* der Imāme gilt für die Schiiten jedoch als Fortsetzung der *sunna* des Propheten.[514] Während der Konsens der Rechsgelehrten als Rechtsquelle grundsätzlich anerkannt wird,[515] wird der *qiyās* abgelehnt.[516] Nach herrschender Lehre[517] dient auf schiitischer Seite jedoch die Vernunft (`*aql*) als weitere sekundäre Rechtsquelle[518].

dd. Die Rolle des Islam in Afghanistan

Etwa 99 % der afghanischen Bevölkerung sind Muslime.[519] Während Afghanistan im 20. Jahrhundert ständigen Regierungswechseln ausgesetzt war, ist der Islam ein sehr wichtiger Faktor der Identität, der sowohl in allen Verfassungen eine wichtige Rolle gespielt hat als auch in der afghanischen Gesellschaft.[520] Insbesondere im Krieg gegen die sowjetischen Besatzungstruppen verstärkte sich die Einstellung zum Islam als Bindeglied der Gesellschaft. In gesellschaftlicher Hinsicht ist nach dem afghanischen Bürgerkrieg der Islam das wesentliche Bindemittel einer die zerrissene Gesellschaft einschließenden Identität anzusehen.[521] Diese Tatsache machten sich auch alle neuen Machthaber zugunutze, um sich auf diese Weise legitimieren zu können.[522] Sie mussten stets darauf achten, dass ihr Handeln als islamkonform angesehen wurde.[523] Die Rolle des Islam als Legitimationsfaktor in Afghanistan spiegelt sich auch in seinen bisherigen Verfassungen wider.[524] In

---

[513] *Buchta*, Schiiten, S. 58.

[514] Siehe dazu *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden in der islamischen Republik Iran, S. 74 f.

[515] Siehe zu den Differenzen zwischen der sunnitischen und schiitischen Glaubenslehre bezüglich der Anerkennung von *iğmā, Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden in der islamischen Republik Iran, S. 77 f.

[516] *Gastberg/Sanuri*, Die schiitische Rechtsprechung im Iran, S. 12.

[517] Siehe dazu *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden in der islamischen Republik Iran, S. 78.

[518] *Halm,* Die Schiiten, S. 64 f; *Gastberg/Sanuri*, Die schiitische Rechtsprechung im Iran, S. 12.

[519] *Kamali*, Referenes to Islam and Women in the Afghan Constitution, Arab Law Quarterly 22 (2008), S. 270 (274).

[520] Siehe dazu Kapitel 1 A; vgl. auch *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 53; *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (267).

[521] Vgl. Gespräch von *Hans-Joachim Vergau* mit Prof. *Niamatullah Shahrani*, zitiert nach *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (474); *Finkelman*, The Constitution and Its Interpretation, Al Naklah 2005, S. 1, im Internet aufrufbar unter http://fletcher.tufts.edu/al_nakhlah/archives/spring2005/finkelman.pdf, zuletzt aufgerufen am 29. Juni 2011; *Kamali*, Referenes to Islam and Women in the Afghan Constitution, Arab Law Quarterly 22 (2008), S. 270 (274).

[522] Vgl. *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 54.

[523] *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (267).

[524] Siehe Kapitel 1 B.; so auch *Poya,* Afghanistan, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 264 (267).

welcher Form und in welchem Ausmaß der Islam in der aktuellen afghanischen Verfassung konstituiert wurde, sollen hier erörtert werden.

ee. Der Islam in der afghanischen Verfassung

Im Folgenden werden die islamrechtlichen Bestimmungen auf ihre Bedeutung und normative Wirkung im Verfassungsgefüge und sodann bezüglich ihrer Auswirkung auf die Interpretation der Verfassung untersucht werden.

(1) Afghanistan als Islamische Republik (Art. 1 AfgVerf)

Art. 1 AfgVerf bezeichnet Afghanistan als eine Islamische Republik. Diese Bestimmung gehörte zu den meist debattierten und umstrittensten Regelungen der neuen Verfassung im Verlauf des „Constitutional Committees" und in der „Verfassungs-*loya jirga*".[525] Diskutiert wurde darüber, ob die Bezeichnung „islamisch" hinzugefügt werden sollte.[526] Von den Monarchisten sowie von reform- und säkular orientierten Kräften wurde diese Formulierung abgelehnt.[527] Sie argumentierten damit, dass keine der bisherigen Verfassungen Afghanistans die Bezeichnung „islamische Republik" beinhaltet hätte.[528] Mitglieder der „Verfassungs-*loya jirga*", die sich in dieser Weise äusserten, wurden von den islamistischen Kräften bedroht und als „Ungläubige" und „Kommunisten" bezeichnet.[529] Befürworter dieses Zusatzes argumentierten damit, dass Afghanistan 23 Jahre im Namen des Islams gekämpft habe und folglich die Bezeichnung Afghanistans als „islamische Republik" angebracht sei.[530] Insbesondere steckten eher politische Ambitionen zur Legitimation und Gewinnnung der konservativen Kräfte dahinter, als dass die normative Auswirkung der Bezeichnung überdacht worden wäre.[531]

Ferner wird berichtet, dass konservative Kräfte die *šarī`a* ausdrücklich als bindendes Recht schon in Art. 1 AfgVerf manifestieren wollten, um dann alle

[525] Im Einzelnen siehe *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (24 f.) sowie *Kamali*, References to Islam and Women in the Afghan Constitution, Arab Law Quarterly 22 (2008), S. 270 (281 ff.).

[526] *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (24 f.).

[527] *Baraki*, Verfassungs-jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35 (36).

[528] *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (25).

[529] *Baraki*, Verfassungs-jirga in Afghanistan, inamo 2004, S. 35 (36 f.).

[530] *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (25 f.).

[531] *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (26).

weiteren Regelungen daran ausrichten zu können.[532] Lediglich eine Minderheit Liberaler hat dagegen gekämpft, da sie die Staatsbezeichnung nicht mit der Religion vermischen wollten. Gründe hierfür waren insbesondere die Erfahrung der Taliban-Politik und deren strenge Islam-Auslegung.[533]

Im Vergleich zur afghanischen Verfassungsgeschichte fällt auf, dass der Verfassungstext der 64er Verfassung, die insbesondere als Grundlage für die Verabschiedung der aktuellen Verfassung herangezogen wurde, dem Staat nicht das Adjektiv „islamisch" beigibt.[534] Das gilt auch für die weiteren Verfassungen. Allerdings erklärt Art. 1 der Verfassung von 1990 die Republik Afghanistan zum "Islamic State".[535] In der aktuellen Verfassung wird der Begriff der „Islamischen Republik" nicht definiert.[536] Während des Verfassungsgebungsprozesses wurde auf die Notwendigkeit einer Definition hingewiesen, da andernfalls die Justiz und die Regierung vor unlösbaren Problemen stehen würden.[537] Dieser Vorschlag konnte sich im Ergebnis aber nicht durchsetzen. Zusammenfassend gilt daher, dass Art. 1 AfgVerf eher eine politische, als eine rechtliche Bedeutung zukommt.

(2) Der Islam als Staatsreligion (Art. 2 I AfgVerf)

Art. 2 Abs. 1 der Verfassung legt fest: „Die Religion des Staates der islamischen Republik Afghanistan ist die heilige Religion des Islam."[538] In keiner der früheren Verfassungen ist diese Doppelbetonung des Islam auffindbar.[539] Zu bemerken ist jedoch, dass hierbei kein Bezug auf eine bestimmte Rechtsschule genommen wird.[540] Diese fehlende Spezifizierung soll sicherstellen, dass keine Rechtsschule

---

[532] So *Mohammad Ashraf Rasooli*, ehemaliger Richter am Obersten Gerichtshof und ehemaliger stellv. Justizminister, er war ferner Mitglied der Verfassungskommission, der „Emergency-*loya jirga*" und der „Verfassungs *loya jirga"*, zitiert nach *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (471).

[533] *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (27).

[534] Vgl. *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (471).

[535] *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (471).

[536] *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (24); siehe zum Verhältnis von „Repulik" und „Islam" *Rasekh*, Are Islamism and Republicanism Compatible?, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 113 ff.

[537] *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (25 f.)

[538] Im zweiten Absatz wird jedoch erklärt, dass die Anhänger anderer Religionen frei sind, ihrem Glauben zu befolgen und ihre religiösen Zeremonien im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen auszuüben.

[539] *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (472).

[540] So beispielsweise Art. 2 AfgVerf 1964, der vorsah, dass für religiöse Handlungen und Zeremonien des Staates die Hanafi Rechtsschule verbindlich sein sollte; ferner Art. 2 AfgVerf 1923 und Art. 1 AfgVerf 1931; siehe auch *Moschtaghi*, Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip, VRÜ 2008, S. 185 (213); *Kamali,* Law in Afghanistan, S. 27 ff.; *ders.*, Islam and Its Sharī`a

verfassungsrechtlich privilegiert wird.[541] Damit wird der Pluralismus des islamischen Rechts beibehalten.

Es ist zu klären, welche inhaltlichen Aspekte damit in Verbindung gebracht werden können.[542] *Ebert* nennt drei Aspekte, die in den Verfassungen islamischer Staaten mit dem Islam als Staatsreligion einhergehen: Zunächst wird mit dem Begriff der Staatsreligion im Allgemeinen die Privilegierung einer Religion oder Religionsgemeinschaft assoziiert.[543] Das kann beispielsweise personenrechtliche Fragen betreffen, aber auch die Privilegierung von Angehörigen der Staatsreligion bei der Vergabe öffentlicher Ämter nach religiösen Gesichtspunkten.[544] Diese Privilegierung wird mit Blick auf die afghanische Verfassung insbesondere bei Art. 62 Nr. 1 AfgVerf deutlich. Danach muss der Bewerber um das Amt des Staatspräsidenten u.a. ein Muslim sein.[545] Das wird zwar bei den weiteren Regierungsmitgliedern nicht ausdrücklich gefordert, aber implizit ergibt sich diese Anforderung aus dem vor Amtsantritt zu leistenden Eid: Dabei schwören sie im Namen Gottes die heilige Religion des Islam zu schützen.[546] Ähnliches gilt auch für die Mitglieder des Obersten Gerichtshofs.[547]

Als zweite Voraussetzung nennt *Ebert*, dass sich der Staat mit der Benennung des Islam als Staatsreligion zum Sachwalter des Islam erklärt und sich berufen

in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (24).

[541] Schon König *Amānullāh* hatte sich gegen die Beschränkung der Staatsreligion auf eine Rechtsschule erfolglos zum Schutz der schiitischen Minderheit im Land gestellt. Die religiösen Führer des Landes setzten jedoch ihre eigenen Vorstellungen durch, siehe dazu *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 29 ff.

[542] Zu den Diskussionen während des Verfassunggebungsprozesses siehe *Kamali*, Referenes to Islam and Women in the Afghan Constitution, Arab Law Quarterly 22 (2008), S. 270 (285).

[543] *Ebert*, Islam und šarī´a in den Verfassungen der arabischen Länder, ZfR 1998, S. 3 (14).

[544] Das Beispiel Libanons zeigt, dass religiöse Ämterverteilung nicht notwendigerweise and ie Fixierung der Staatsreligion gekoppelt werden muss, *Ebert*, Islam und šarī´a in den Verfassungen der arabischen Länder, ZfR 1998, S. 3 (15).

[545] Dagegen verlangt Art. 8 AfgVerf 1964, dass der König Anhänger der hanafitischen Rechtsschule sein musste; dadurch, dass dieser Zusatz des Bekenntnisses zur hanafitischen Rechtsschule in der aktuelle Verfassung ausgelassen wurde, soll die schiitische Minderheit im Land integriert werden.

[546] Der Amtseid für die Minister lautet nach Art. 74 Abs. 2 AfgVerf wie folgt: „Im Namen des erhabenen Gottes (Erhaben sei seine Majestät) schwöre ich, die heilige Religion des Islam zu schützen, die Verfassung und sonstigen Gesetze Afghanistans zu achten, die Rechte der Bürger zu wahren, die Unabhängigkeit, territoriale Integrität und nationale Einheit des afghanischen Volkes zu sichern und in all meinen Handlungen die Anwensenheit Gottes (Erhaben sei seine Majestät) zu erkennen und die mir übertragenen Pflichten ehrenhaft zu erfüllen."

[547] Nach Art. 119 AfgVerf müssen diese folgenden Amtseid leisten: „Im Namen des erhabenen Gottes (Erhaben sei seine Majestät) schwöre ich, Recht und Gerechtigkeit gemäß den Bestimmungen der heiligen Religion des Islam, dem Geist dieser Verfassung und sonstiger Gesetze Afghanistans zu wahren und die richterlichen Aufgaben mit höchster Zuverlässigkeit, Aufrichtigkeit und Unparteilichkeit zu erfüllen".

fühlt, in islamischen Angelenheiten letzten Endes verbindlich zu entscheiden und die Rechts- und Religionsgelehrten in ihrer Tätigkeit zu kontrollieren. Auf Afghanistan trifft diese Aussage insofern zu, als dem Obersten Gerichtshof gem. Art. 121 AfgVerf die Befugnis zusteht, die Vereinbarung der Gesetze, Gesetzeserlasse und internationalen Verträge mit dem „Glauben und den Bestimmungen der heiligen Religion des Islam" zu überprüfen.[548] Dadurch entscheidet der Oberste Gerichtshof letztendlich auch verbindlich in islamischen Angelegenheiten. Bedenkt man, dass die Richter von dem Staatspräsidenten mit Zustimmung der Volksvertretung gewählt werden, sieht sich der afghanische Staat als Sachwalter der Religion. Auch das Bildungsprogramm ist islamisch-religiös ausgerichtet, indem der Staat beispielsweise verfassungsrechtlich verpflichtet wird, Maßnahmen „zur Verbesserung der Lage der Moscheen, der religiösen Schulen (*madāris*) sowie der religiösen Zentren" zu ergreifen.[549] Zudem sind die Lehrpläne religiös auszurichten.[550]

Schließlich berührt der Begriff der Staatsreligion nach *Ebert* auch die Rolle der Sharia im Rechtssetzungsprozess.[551] Neben der Überprüfung der erlassenen Rechtsakte auf ihre Übereinstimmung mit den Regeln des Islam beinhalten seinen Untersuchungen zur Folge, elf arabische Verfassungen Aussagen zu den Quellen der Gesetzgebung mit islamrechtlichen Bezügen in verschiedenen Varianten.[552] Die Überprüfung der Islamkonformität der Gesetze enhält auch die afghanische Verfassung in Art. 121 i.V.m. Art. 3 AfgVerf. Allerdings wird der Islam nicht explizit als Rechtsquelle der Gesetzgebung genannt. Dadurch aber, dass kein Gesetz gegen den Glauben und die Bestimmungen des Islam verstoßen darf, haben auch die Rechtssetzenden die Grenzen der islamischen Rechtsquellen zu achten. Mithin weist die afghanische Verfassung die typischen Merkmale auf, die

---

[548] *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (912); *Mahmoudi*, The *Sharī`a* in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 867 (870); *Moschtaghi*, Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip, VRÜ 2008, S. 185 (213).
[549] Art. 17 AfgVerf.
[550]Art. 45 AfgVerf.
[551] *Ebert*, Islam und šarī´a in den Verfassungen der arabischen Länder, ZfR 1998, S. 3 (16).
[552] Danach sind folgende Varianten zu unterscheiden: 1. Die Prinzipien der islamischen Shari`a (bzw. die islamsiche Shari`a) sind/ist die Hauptquelle der Gesetzgebung (Art. 2 S. 2 der ägyptischen Verfassung und Art. 1 der Verfassung von Qatar); 2. Die islamische Shari`a ist die Quelle aller Gesetzgebung (Art. 3 der Verfassung von Jemen); 3. Die islamische Shari`a (bzw. der Islam) ist die Grundlage der Gesetzgebung (bzw. der Gesetze und Regelungen), Art. 2 der Verfassung von Oman; 4. Der Heilige Koran ist das Gesetz der Gesellschaft, Art. 2 der Verfassung von Libyen von 1977; 5. Koran und Sunna sind für alle Gesetze des Staates maßgeblich, Art. 7 der Verfassung von Saudi-Arabien; 6. Die islamische Shari`a ist eine Hauptquelle der Gesetzgebung, Art. 2 der Verfassung von Bahrain, Art. 2 der Verfassung von Kuwait, Art. 3 Abs. 2 der Verfassung von Syrien, siehe *Ebert*, Islam und šarī´a in den Verfassungen der arabischen Länder, ZfR 1998, S. 3 (16 f.).

auch in den arabischen Verfassungen zu finden sind, die den Islam zur Staatsreligion erklären.

Auch Art. 2 AfgVerf hat bei isolierter Betrachtung in erster Linie symbolischen Charakter, da er keine konkreten Verpflichtungen aufstellt. Die Gewichtung und Tragweite des Islam als Staatsreligion wird bei einer - wie oben vorgenommenen - Gesamtbetrachtung der Verfassung deutlich. Bei den von *Ebert* dargestellten Aspekten, die mit dem Islam als Staatsreligion einhergehen, ist Art. 3 AfgVerf, der die Islamkonformität aller Gesetze verlangt, am weitreichendsten. Sein Inhalt und seine Wirkung bedürfen daher näherer Analyse.

(3) Die „repugnancy clause", Art. 3 AfgVerf

(a) Allgemein

Die bedeutendste Regelung hinsichtlich des Stellenwerts des Islam in der afghanischen Rechtsordnung ist Art. 3 AfgVerf. Hiernach darf kein Gesetz dem Glauben und den Bestimmungen der heiligen Religion des Islam widersprechen. Eine solche Regelung, die die Islamkonformität von Gesetzen verlangt, wird als "*repugnancy clause*" bezeichnet.[553] Der fortschrittliche Charakter der ersten Verfassung Afghanistans von 1923 wird dadurch deutlich, dass sie als einzige Verfassung Afghanistans keine "*repugnancy clause*" enthält.[554]

Im ersten Verfassungsentwurf war, wie schon in den Verfassungen von 1964[555], 1977[556], 1987[557] und 1990[558] auch, der Zusatz enthalten, wonach alle Gesetze weder den Glaubensgrundsätzen des Islam noch den Verfassungswerten widersprechen dürften.[559] Unter dem Begriff der „Verfassungswerte" sollten insbesondere Grundrechte fallen.[560] Der in der aktuellen Verfassung fehlende Zusatz „Verfassungswerte" war Folge eines Kompromisses zwischen Konservati-

553 Vgl. *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 47 f.

554 Lediglich nach Art. 72 AfgVerf 1923 sollen neben „the actual living conditions of the People, the exigencies of the time" insbesondere die Regelungen der *šarî`a* im Rahmen der Gesetzgebung berücksichtigt werden.

555 Art. 64 S. 2 AfgVerf 1964.

556 Art. 64 AfgVerf 1977.

557 Art. 2 S. 2 AfgVerf 1987.

558 Art. 2 S. 2 AfgVerf 1990.

559 Die englische Fassung des Entwurfs lautet: „In Afghanistan, no law can be contrary to the sacred religion of Islamd and the values of this Constitution", vgl. *Saboory*, The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), The Shari`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 5 (20); *Rohe*, Islamisches Recht im islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter, Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (342); *Rubin*, Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy, Vol. 15 Nr. 3 (2004), S. 5 (15).

560 So *Shukria Barakzai,* Mitglied des „Constitutional Committees", in einem Interview mit der Verfasserin am 10. März 2010 in Kabul.

ven und liberalen Kräften in der Verfassungsloya jirga: Während den Islamisten[561] die Beseitigung dieses Zusatzes zugestanden wurde,[562] haben diese als Gegenleistung einen in Art. 7 AfgVerf beabsichtigten Islam-Vorbehalt bei dem Bekenntnis zum Völkerrecht fallen gelassen.[563] Zudem hat der wachsende Einfluss der schiitischen Bevölkerung dazu geführt, dass nunmehr vom Islam generell gesprochen wird und kein Hinweis auf die hanefitische Rechtsschule, erfolgt.[564] Mithin wird auch nicht zwischen der sunnitischen und schiitischen Richtung des Islam differenziert.[565]

Der Vergleich zur Verfassungsgeschichte[566] Afghanistans zeigt, dass die aktuelle Verfassung mit Art. 3 das islamische Recht am weitgehendsten in die Rechtsordnung integriert. In Verbindung mit Art. 121 bedeutet diese Regel, dass der Oberste Gerichtshof die Befugnis hat, die Vereinbarung der Gesetze, Gesetzeserlasse und internationalen Verträge am Maßstab von Art. 3 zu überprüfen.[567] Da die Richter dieses Gerichtshofs nur auf Antrag eines Gerichts oder der Regierung tätig werden können, nicht aber *ex officio*, ist sein Einfluss aus normativer Sicht auf die Gesetzgebung sehr viel geringer als beispielsweise jener des iranischen Wächterrats.[568]

(b) Die *šarī`a* als „Bestimmung" des islamischen Rechts

Zu klären ist, welche Rechtsquelle des islamischen Rechts von der Formulierung „Glauben und den Bestimmungen der heiligen Religion des Islams" (Paschto: *de islām de spighali dīn de mahtaqadāto aw ahkāmo;* Dari: *mahtaqadāt wa ahkām-e dīn-e moqaddas-e Islam*) erfasst ist. Die Begriffe „Glauben und Bestimmungen" sind sehr unbestimmt und können daher verschiedenartig interpretiert werden.[569]

In Art. 64 der Verfassung von 1964 wurde die Formulierung "*the basic principles of the sacred religion of Islam*" (*asāsāt-e dīn-e moqaddas-e islām*) gewählt. Durch die

---

561 *Vergau* benutzt den Begriff des „Islamisten" ohne diesen im afghanischen Kontext zu erläugern, *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (472).

562 So *Shukria Barakzai*, Mitglied des „Constitutional Committees", in einem Interview mit der Verfasserin am 9. März 2010 in Kabul; siehe auch *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (472).

563 So *Rubin* in seiner Email an die Verfasserin vom 14. März 2011.

564 *Rubin*, Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy 2004, S. 5 (14).

565 Im Vergleich hierzu begründet die iranische Verfassung die Regelungen der schiitischen *ǧafari* als oberstes Konstitutionsprinzip, siehe dazu *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden in der islamischen Republik Iran, S. 132.

566 Eine tiefgreifende Analyse zur Rolle des Islams in den diversen afghanischen Verfassungen ist bei *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 19 ff. zu finden.

567 *Grote*, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897 (912); *Mahmoudi*, The *Sharī`a* in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 867 (870); *Moschtaghi*, Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip, VRÜ 2008, S. 185 (213).

568 *Moschtaghi*, Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip, VRÜ 2008, S. 185 (218).

569 So auch *Mahmoudi*, The *Sharī`a* in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 867 (870).

Beschränkung auf die „*basic principles*" konnten Regeln des *fiqh*, die nicht unmittelbar auf dem *qurā`n* oder den *ḥadīṯen* basierten, ausgeschlossen werden.[570] Dadurch, dass dieser Zusatz weggelassen wurde, besteht aus normativer Sicht die Gefahr, dass nunmehr jeder Verstoß gegen die Bestimmungen des Islam unter Art. 3 AfgVerf fällt.[571] Zwar verweist der Begriff *ahkām* (Singular: *hukm*) auf Urteile bzw. Dekrete[572], so dass aus diesem rechtlichen Zusammenhang auf einen Verweis auf die Rechtsquellen der *šarī`a* ausgehen könnte.[573] Eine abschließende Klärung ist aber auch daraus nicht zu entnehmen, da der Begriff des *ahkām* selbst weit gefasst ist.

In wörtlicher Hinsicht wird weder der Begriff der *šarī`a* noch der des *fiqh* ausdrücklich erwähnt.[574] Auch die iranische Verfassung nennt in Art. 72 nicht explizit die *šarī`a* oder den *fiqh*, sondern bestimmt in einer allgemeinen Formulierung, dass das iranische Parlament keine Gesetze erlassen kann, die mit den „Prinzipien und den Geboten" (*osul va ahkām*) der offiziellen Rechtsschulen des Landes in Widerspruch stehen. Für die afghanische Verfassung istdurch Auslegung zu ermitteln, ob Art. 3 AfgVerf in der Formulierung „dem Glauben und den Bestimmungen der heiligen Religion des Islams" die *šarī`a* als übermenschliches Recht meint oder auch die Auslegung dieser im Rahmen des *fiqh*.[575]

Afsah und *Guhr* behaupten, dass der fehlende Hinweis auf die *šarī`a* oder eine spezielle Rechtsschule darauf schließen lässt, dass die Mütter und Väter der Verfassung vielmehr den islamischen Charakter des Staates damit symbolisieren wollten als die Bindung staatlicher Organe an die *šarī`a*.[576] Dagegen spricht der systematische Zusammenhang dieser Regelung i.V.m. Art. 121 AfgVerf, der implizit auch eine Islamkonformität aller Gesetze verlangt. Mithin kann nicht von einem ausschließlich symbolischen Charakter dieser Norm gesprochen werden. Andere Autoren behaupten, dass durch die Formulierung in Art. 3 AfgVerf die *šarī`a* faktisch in der Verfassung eingeführt worden sei.[577]

---

[570] *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (37).
[571] Vgl. auch *Kamali*, Referenes to Islam and Women in the Afghan Constitution, Arab Law Quarterly 22 (2008), S. 270 (286).
[572] Siehe *Nesbat*, Rechtswörterbuch, Persisch-Deutsch, S. 163, im Internet aufrufbar unter http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2010/nesbat_2.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2012.
[573] Vgl. *Kamali*, Referenes to Islam and Women in the Afghan Constitution, Arab Law Quarterly 22 (2008), S. 270 (286).
[574] *Rohe*, Islamisches Recht im islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter, Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (342).
[575] Siehe zur Differenzierung zwischen den Begriffen der *šarī`a* und des *fiqh* Kapitel 2 C. II. 2. b. aa.
[576] *Afsah/Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2005, S. 373 (433).
[577] *Baraki*, Afghanistan nach den Taliban, S. 24 (25); *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (472); *Pfaff*, Afghanistan im Umbruch, ZAR 2005, S. 393 (395).

Für eine Beschränkung auf die *šarī`a* spricht, dass sich die afghanische Verfassung auf keine bestimmte Rechtsschule des Islams als Staatsreligion festlegt.[578] Auch die Entstehungsgeschichte dieser Norm spricht dafür, dass von dieser Bestimmung nur die *šarī`a* erfasst ist, denn ein Grund, warum die *šarī`a* nicht explizit erwähnt wird, ist, dass die internationalen Akteure zwar ihre Zustimmung dazu, Afghanistan als islamische Republik zu bezeichnen, erteilt haben, aber einen Verweis auf die *šarī`a* in keiner Stelle akzeptieren wollten.[579] In der öffentlichen Wahrnehmung der westlichen Welt würde die Akzeptanz einer solchen Formulierung abschreckend wirken.[580] Hingegen ist der Begriff „Bestimmungen … des Islams" auf dem ersten Blick undefinierter. Allerdings ist im Nachhinein auch nicht ermittelbar, ob die am Verfassunggebungsprozess beteiligten Personen sich über die Differenzierung zwischen *fiqh* und *šarī`a* bewusst waren oder den Begriff der *šarī`a* synonym für *fiqh* verwendet haben.

In der Verfassung findet sich lediglich ein Verweis in Art. 130 auf die hanafitische Rechtsschule, die auch traditionell die dominante Rechtsschule in Afghanistan ist. Den Regelungen dieser Rechtsschule kommt nur subsidiäre Bedeutung zu: Sie können vom Gericht nur herangezogen werden, wenn ein Lebenssachverhalt weder in der Verfassung noch einfachgesetzlich geregelt ist. Das kann aber nicht gleichzeitig zu dem Schluss führen, dass Art. 3 AfgVerf den *fiqh* dieser Rechtsschule in die „Bestimmungen des Islams" mit einbezieht.[581] Es ist nämlich ein wesentlicher Unterschied, ob einer besitmmten Rechtsschule eine subsidiäre Rolle, wie nach Art. 130 AfgVerf, zukommt oder ob sich die gesamte Rechtsordnung danach zu richten hat.[582] Folglich sprechen systematische Gründe dafür, dass sich Art. 3 AfgVerf lediglich auf die *šarī`a* als übermenschliches Recht bezieht und nicht den *fiqh* miteinschließt.

Im Ergebnis geht auch der Oberste Gerichtshof – ohne eine dogmatische Begründung - davon aus, dass von Art. 3 die *šarī`a* im Sinne des *qur`ān* und der *sunna* erfasst ist.[583] Zu diesem Ergebnis kommt auch mittelbar die afghanische „National Justice Sector Strategy", die im Jahre 2008 vom Obersten Gerichtshof, dem Justizministerium und dem Büro des Generalstaatsanwalts entwickelt wurde:

---

578 *Moschtaghi*, Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip, VRÜ 2008, S. 185 (214).
579 *Rubin*, Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy 2004, S. 5 (14).
580 Vgl. auch *Schneider* zur abschreckenden Wirkung des Begriffs *šarī`a* im populären Diskurs der westlichen Welt, in: Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (139).
581 *Moschtaghi*, Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip, VRÜ 2008, S. 185 (214).
582 *Moschtaghi*, Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip, VRÜ 2008, S. 185 (214).
583 Diese Einstellung des Obersten Gerichtshofs ergibt sich aus einem Gespräch der Verfasserin mit dem Richter *Bahauddin Baha* am 10. März 2010 in Kabul.

Justice in Afghanistan is despensed according to the laws of Allah and the traditions of the Prophet (S.A.W.) as enshrined in the provisions of the Constitution.[584]

Letztendlich kommt es aber auf die Interpretation des Obersten Gerichtshofs und seiner Praxis an, wie er die Regelungen des Art. 3 AfgVerf konkretisiert.

Dass sich die Verfassung nicht auf eine Rechtsschule festlegt, ist positiv zu bewerten, denn dadurch weist sie eine gewisse Flexibilität auf, so dass dem afghanischen Gesetzgeber der Pluralismus des islamischen Rechts[585] erhalten bleibt. Wenngleich umfassende anerkannte Standardversionen des islamischen Rechts bestehen, kann islamisches Recht für unterschiedliche Akteure, in verschiedenen Ländern und Handlungskontexten etwas anderes sein und eine unterschiedliche Bedeutung haben.[586] *Ali* spricht in diesem Zusammenhang vom „operativen“ islamischen Recht, das sich national, eventuell auch regional und je nach Akteursebene und Sichtweise unterscheidet.[587]

Die Geschichte des Islam selbst offenbart vielfältige Interpretationsmöglichkeiten.[588] Durch die Etablierung der verschiedenen Rechtsschulen besteht weder in einzelnen Rechtsnormen (mit Ausnahme der nicht interpretationsbedürftigen koranischen Bestimmungen) noch in den Rechtsquellen Übereinstimmung unter den Anhängern dieser Rechtsschulen.[589] Zudem treten Unterschiede zwischen den Anhänger des sunnitischen und schiitischen Islam hinzu. Zu neueren Entwicklungen gehören auch die Stimmen muslimischer Feministinnen, die sich für eine Neuinterpretation des islamischen Rechts einsetzen.[590] Neben den Modernisten fordern allerdings auch Fundamentalisten eine Neuauslegung islamischer Rechtsquellen in ihrem Verständnis von der Vereinbarkeit des islamischen Rechts mit den Problemen der Moderne.[591] Folglich kann durchaus Unterschiedliches als

---

[584] Islamic Republic of Afghanistan, National Justice Sector Strategy” 2008, S. 13 (Die Seitenzahlen im Dokument sind nicht nummeriert, die Zählung beinhaltet auch das Deckblatt), im Internet aufrufbar unter http://info.publicintelligence.net/AfghanNJSS.pdf, zuletzt aufgerufen am 26. Mai 2011.

[585] Vgl. *Ali*, Gender and Human Rights, S. 3.

[586] Vgl. *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in:Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (151); *dies.*, Der Islam und die Frauen, S. 99.

[587] *Ali*, Gender and Human Rights, S. 90.

[588] *Ernst*, Mohammed Folgen, S. 237.

[589] *Ebert*, Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 199 (200).

[590] Siehe dazu Kapitel 3 B. I. 2. g. dd.

[591] *Mayer*, Rhetorical Strategies and Official Policies on Women`s Rights, in: Afkhami (Hrsg.), Faith & Freedom, S. 104 (107).

islamisches Recht deklariert werden.[592] *Schneider* spricht in diesem Zusammenhang von einem Binnenpluralismus.[593]

Der Gesetzgeber kann sich beispielsweise der Methoden des sog. *taḫaiyur* und *talfīq* bedienen. Bei *taḫaiyur* handelt es sich um eine Methode der Rechtsfindung, nach der eine Auswahl aus den unterschiedlichen Meinungen der Rechtsschulen getroffen wird.[594] Bei der *talfīq*-Methode werden aus den verschiedenen Regelungen der unterschiedlichen Rechtsschulen neue Regelungen geschaffen. Entscheidend ist, wie noch im Kapitel 3 zu zeigen sein wird, dass die Flexibilität auch zugleich die Chance mit sich bringt, moderne Auslegungen des islamischen Rechts zu berücksichtigten.[595]

(c) „Qānūn" als Oberbegriff für alle weltlichen Rechtsnormen

Zu klären ist, ob auch die Verfassung selbst an die Vorgaben des Art. 3 AfgVerf gebunden ist. Für die Auslegung der Verfassung würde dies bedeuten, dass sowohl die Verfassung als auch die Gesetze so auszulegen sind, dass sie dem Inhalt des Art. 3 nicht widersprechen dürfen. Im Vergleich zu Art. 4 der iranischen Verfassung, der ausdrücklich klarstellt, dass auch sämtliche Vorschriften der Verfassung selbst dem islamischen Recht entsprechen müssen, enthält die afghanische Verfassung diesen Zusatz nicht.[596] Eine Bindung der Verfassung an das islamische Recht ergibt sich nur dann, wenn der Ausdruck „Gesetz" im Sinne des Art. 3 AfgVerf als Oberbegriff für alle Rechtsnormen gilt und nicht nur einfaches Recht umfasst. Im Folgenden ist daher der Begriff des „Gesetzes" aus verfassungsrechtlicher Sicht im Kontext einer raum-zeitlich geltenden Verfassungsordnung zu bestimmen.[597]

In wörtlicher Hinsicht umfasst der deutsche Begriff des „Gesetzes" in formeller Hinsicht nicht die Verfassung.[598] Im Originaltext auf Dari und Paschto wird der Terminus *qānūn* gebraucht. Der Begriff *qānūn* wird in der afghanischen Rechtsordnung als Oberbegriff für alle weltlichen Rechtsnormen verwendet: Die Verfassung heißt *qānūne asāsi* und das Zivilgesetzbuch *qānūne madani*. Mit dem

---

[592] *Ebert*, Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 199 (201).
[593] *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (139).
[594] *Abiad*, Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty, S. 123; siehe *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (162).
[595] In diese Richtung argumentierend *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), S. 93 (99).
[596] Zu Art. 4 der iranischen Verfassung siehe *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden in der islamischen Republik Iran, S. 130 f.
[597] Vgl. *Ossenbühl*, Gesetz und Recht, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 61, Rn. 6.
[598] *Creifelds*, Rechtswörterbuch, S. 516; vgl. auch *Ossenbühl*, Gesetz und Recht, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 61, Rn. 13.

Ausdruck *qānūn* kann also auch die Verfassung gemeint sein. Bestärkt wird diese Sichtweise auch dadurch, dass der Begriff des *qānūn* diejenigen Rechtsvorschriften, die gerade nicht aus islamischen Quellen stammen, wie beispielsweise Verwaltungsgrundsätze, erfasst.[599] Anders als im kanonischen Recht Europas bezeichnet der abgeleitete Begriff nicht das geistliche, sondern das weltliche Recht.[600]

Zu klären ist, wie der Begriff des Gesetzes in systematischer Hinsicht in der Verfassung verwendet wird. Nach Art. 94 Abs. 1 AfgVerf kommt ein „Gesetz" (im afghanischen: „*qānūn*") in der Regel durch Beschluss beider Kammern der Nationalversammlung und Unterzeichnung durch den Staatspräsidenten zu Stande. In diesem Zusammenhang wird der Begriff des Gesetzes auf Parlamentsgesetze beschränkt und nicht als Oberbegriff für alle Rechtsnormen angesehen.

Ein Vergleich zu weiteren Verfassungsartikeln zeigt jedoch, dass die afghanische Verfassung die in Deutschland bekannte strikte Trennung zwischen Verfassung und Gesetz nicht kennt: In einer ganzen Reihe von Artikeln wird von der Verfassung und den *sonstigen* Gesetzen gesprochen.[601] Andernfalls wäre die Formulierung Verfassung *und* Gesetze sinnvoll gewesen.[602] Demnach kann der Begriff des *qānūn* in Art. 3 so ausgelegt werden, dass er nicht im Sinne des Art. 94 AfgVerf eng zu verstehen ist, sondern im Sinne des Gesamtzusammenhangs der afghanischen Verfassungsordnung als Oberbegriff für alle weltlichen Rechtsnormen verwendet wird. Folglich kann Art. 3 AfgVerf dahingehend verstanden werden, dass auch Verfassungsnormen nicht gegen die *šarī`a* verstoßen dürfen. Dass dieses Ergebnis für Normhierarchien von tragender Bedeutung ist, wird an späterer Stelle eingehend behandelt. Für die Heranziehung dieses Prinzips im Rahmen der Auslegung bedeutet das zunächst, dass von mehreren Interpretationsmöglichkeiten diejenige heranzuziehen ist, die am islamfreundlichsten ist. Bei dieser Formulierung wird gleichzeitig davon ausgegangen, dass eine islamfreundliche Interpretation möglich ist. Kann im Wege der Auslegung kein islamfreundliches Ergebnis erzielt werden, ist Art. 3 AfgVerf in der Werthierarchie der Verfassung als oberstes Konstitutionsprinzip zu beachten. Wenn selbst Verfassungsnomen nicht der *šarī`a* widersprechen dürfen, also eine *šarī`a*-Kompatibilität verlangt wird, ist dann bei der Interpretation der Norm von einer *šarī`a*-kompatiblen Auslegung zu sprechen.

---

[599] Vgl. *Bälz*, Sharî`a and Qânûn in Egyptian Law, S. 12; sowie *Mayer*, Islam and Human Rights, S. 83.

[600] *Plagemann*, Von Allahs Gesetzen zur Modernisierung per Gesetz, S. 70; vgl. auch *Ebert,* Interdependenz, S. 138.

[601] So zum Beispiel Art. 5, 63, 74, 75, 77, 119 und 130 AfgVerf.

[602] An dieser Stelle sei Frau Dr. *Silvia Tellenbach* herzlichst für ihren Hinweis gedankt.

(d) Zwischenergebnis

Art. 3 AfgVerf umfasst daher Verfassungsänderungen sowie Gesetze, und durch die Regelung des Art. 121 AfgVerf erhält der Oberste Gerichthof die Kompetenz die *šari`a*-Konformität von Gesetzen zu überprüfen. Art. 3 bietet auch den entscheidenden Anhaltspunkt bezüglich der Verfassungsinterpretation.

(4) Die Subsidiaritätsklausel (Art. 130 und 131 AfgVerf)

Da die Kodifikationsdichte in vielen islamischen Staaten deutlich geringer ist als in westlichen Ländern, beinhalten die Verfassungen dieser Länder oft Subsidiaritätsklauseln, in denen das traditionelle islamische Recht zum Tragen kommt.[603] Auch die afghanische Verfassung enthält in Art. 130 und 131 AfgVerf derartige Subsidiaritätsklauseln. Nach Art. 130 S. 1 AfgVerf wenden die Gerichte grundsätzlich die Bestimmungen dieser Verfassung und sonstiger Gesetze an. Damit ist das geschriebene Recht gemeint.[604] Ist ein Sachverhalt nicht positivrechtlich geregelt, „müssen die Gerichte ihre Urteile innerhalb der Grenzen dieser Verfassung in Übereinstimmung mit der hanafitischen Rechtslehre (*fiqh*) so fällen, dass der Gerechtigkeit auf bestmögliche Weise gedient ist“[605].

Bis auf wenige Veränderungen entspricht diese Regel dem Art. 102 der Verfassung von 1964.[606] Während der Begriff der *šarī`a* mit dem *qur`ān* und den *hadīṯe* verbunden ist, ist eine eigenständige Interpretation dieser Rechtsquellen bei einem Verweis auf die hanafitische Rechtsschule nicht möglich.[607] Der Vorteil der Festlegung auf eine bestimmte Rechtsschule ist darin zu sehen, dass dadurch eine gewisse Vereinheitlichung der Rechtsprechung gesichert wird.[608] Der Nachteil ist jedoch die fehlende Flexibilität, insbesondere wenn andere Rechtsschulen eine angemessenere Entscheidungsalternative bieten.[609] Im Rahmen der „Constitutional Review Commission“ hat *Mohammad Hashim Kamali* den Vorschlag gemacht, den Zugang zu *iǧtihād* in diesen Fällen dadurch zu erweitern, indem nicht auf eine Rechtsschule explizit verwiesen wird.[610] Ohne inhaltliche Auseinandersetzung wurde dieser Vorschlag von der Mehrheit der am Verfassunggebungsprozess beteiligten Personen abgelehnt. Man kann vermuten, dass die Entscheidung für

---

[603] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 184.

[604] *Rohe*, Islamisches Recht im islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter, Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (343).

[605] Art. 130 S. 2 AfgVerf.

[606] In der Verfassung von 1964 wurde von den “basic principles of the Hanafi jurisprudence” gesprochen, nun wird aber nur die hanafitische Rechtslehre allgemein erwähnt.

[607] Vgl. *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (31).

[608] So auch *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 232.

[609] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 232 f.

[610] So *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (31).

diese Rechtsschule nicht aus dogmatischen Gründen erfolgte, sondern vielmehr eine emotionale Entscheidung darstellt, die mit Identitätsfragen einhergeht.

Die wichtigste Funktion dieser Regelung ist darin zu sehen, dass sie gegenüber der Judikative den Vorrang der Verfassung und der bestehenden Gesetze erklärt, zugleich aber den Anwendungsbereich des *fiqh* auf die Gerichtsbarkeit reduziert.[611] Bei isolierter Betrachtung dieser Verfassungsbestimmung gilt der Vorrang des staatlich gesetzten Rechts vor den religiösen *fiqh*- Vorschriften. Allerdings ist diese Bestimmung in Verbindung mit Art. 3 AfgVerf zu sehen, wonach alle Rechtsnormen dem Glauben und den Bestimmungen des Islam nicht widersprechen dürfen. Von einer Islamkonformität der Rechtsnormen wird im Rahmen der Subsidiariätsregelung des Art. 130 AfgVerf ausgegangen.

Es ist allerdings zu empfehlen, dass sich der Anwendungsbereich dieser Regelung lediglich auf Zivilstreitigkeiten beschränkt, denn eine Erweiterung auf der Ebene des Strafrechts würde gegen den in Art. 27 AfgVerf verankerten Grundsatz des „*nulla poena sine lege*“ verstoßen.

Handelt es sich jedoch bei allen Parteien um Schiiten, ist die Subsidiaritätsklausel des Art. 131 AfgVerf einschlägig. Diese Norm stellt ein Novum in der afghanischen Verfassungsgeschichte dar:[612] Danach hat ein Gericht beim Fehlen gesetzlicher Bestimmungen im Falle persönlicher Angelegenheiten den Schia-Rechtskodex und in sonstigen Angelegenheiten die schiitische Rechtslehre anzuwenden (anstelle der hanafitischen Rechtslehre).[613]

(5) Weitere Islam-Bezüge in der Verfassung

Der islamische Charakter des afghanischen Staats wird in weiteren Bestimmungen der Verfassung deutlich: Das Recht, politische Parteien zu gründen, ist gewährleistet, „vorausgesetzt, dass 1. Programm und Satzung der Partei den Prinzipien der

[611] Im Gegensatz dazu hat die 64er Verfassung in ihrem Art. 69 den Begriff des Gesetzes wie folgt definiert: “Excepting the conditions for which specific provisions have been made in this Constitution, law is a resolution passed by both Houses, and signed by the King. In the area where no such law exists, the provisions of the Hanafi jurisprudence of the Shari`a of Islam shall be considered as law.“ Hingegen wurde dieser Zusatz in Art. 94 Abs. 1 der aktuellen Verfassung weggelassen: „Ein Gesetz kommt durch Beschluss beider Kammern der Nationalversammlung und Unterzeichnung durch den Staatspräsidenten zu Stande, es sei denn, diese Verfassung bestimmt etwas anderes.“ Der Anwendungsbereich des *fiqh* nach Art. 130 ist ausdrücklich auf die Gerichtsbarkeit beschränkt und stellt keinen Rechtsakt, der den Parlamentsgesetzen gleich steht, dar, siehe *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 232; *ders.*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (36 f.).

[612] Vgl. *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23.

[613] Die schiitische Minderheit Afghanistans besteht hauptsächlich aus der Volksgruppe der Hazaras.

heiligen Religion des Islam … nicht widersprechen".[614] Eine konservative Auslegung dieser Regelung birgt die Gefahr, dass sich politische Parteien, die sich für Frauenrechte und ihre Gleichberechtigung einsetzen, unter dem Vorwand der fehlenden Islamkonformität für verfassungswidrig erklärt werden könnten.[615]

Symbolischen Charakter haben folgende Bestimmungen: Beispielsweise enthält die Staatsflagge das Grundbekenntnis des Islam: „Es gibt keinen Gott außer Gott und Mohammed ist sein Gesandter." Ferner wird in der Nationalhymne, deren Text in Pashto ist, u.a. der Ruf „Gott ist groß" (Allahu Akbar) erwähnt. Auch die Nationalflage enthält das Bekenntnis zum Islam.[616] Im Vergleich zu Art. 3 AfgVerf kommt diesen jedoch eine untergeordnete Funktion zu.

(6) Die Unabänderlichkeitsklausel des Art. 149 Abs. 1 AfgVerf

Die Unabänderlichkeitsklausel des Art. 149 Abs. 1 AfgVerf betont die Unantastbarkeit islamischer Regelungen. Danach können Bestimmungen, nach der die Grundzüge der heiligen Religion des Islam und die Ordnung der islamischen Republik befolgt werden müssen, nicht geändert werden. Unklar ist zunächst, was unter „Grundzüge der heiligen Religion des Islam" zu verstehen ist. Der Originaltext verwendent auf Dari den Begriff des „*ahkām*" und auf Pashto „*hakmūno*". Eine parallele Verwendung dieser Formulierung lässt sich nur in Art. 3 AfgVerf finden.[617] Art. 149 Abs. 1 Alt. 1 AfgVerf ist hiernach so zu verstehen, dass die Vorgabe des Art. 3 AfgVerf, nach der kein Gesetz den Bestimmungen („*ahkām*" bzw. „*hakmūno*") widersprechen darf, unabänderlich ist. Hingegen wird der Glaube im Sinne des Art. 3 AfgVerf nicht umfasst, so dass nur rechtliche Regelungen der *šarî`a* hiervon betroffen sind. Ferner ist zu klären, was unter „Ordnung der islamischen Republik" („nez*ām-e jamhori-e islāmi*" bzw. „*islāmi jamhori* nez*ām*") subsumiert werden kann. Möglicherweise wird hiervon die Deklarierung Afghanistans als „islamische Republik" in Art. 1 AfgVerf und die Konstituierung des Islam als Staatsreligion in Art. 2 AfgVerf umfasst.

Ähnliche Regelungen gab es in den Verfassungen von 1964 und 1977, während die letzten Verfassungen aus dem Jahre 1987 und 1990 keine Unabänderlich-

---

614 Art. 35 Abs. 2 Nr. 1 AfgVerf.

615 So auch *Mahmoudi*, The *Sharî`a* in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 867 (870 Fn. 11).

616 Art. 19 Abs. 2 S. 2 AfgVerf lautet wie folgt: „In der Mitte oberhalb des Wapens sind die heiligen Worte „Es gibt keinen Gott außer Gott und Mohammad ist sein Gesandter" und „Gott ist groß" und die Strahlen der aufgehendne Sonne zu sehen."; siehe zur islamischen Identitäten der früheren Flaggen *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 31 f.

617 Siehe dazu Kapitel 2 C. II. 2. b. ee. (3).

keitsklausel enthalten.[618] Auch Art. 177 Abs. 5 der iranischen Verfassung gibt vor, dass die islamischen Werte der Verfassung nicht geändert werden dürfen.[619]

Mithin dürfen nach der hier vorliegenden Auslegung des Art. 149 Abs. 1 AfgVerf zumindest die Art. 1-3 der afghanischen Verfassung nicht geändert werden. Damit schützt Art. 149 Abs. 1 AfgVerf diese Regelung als „Kernbereich“ der Verfassung.

(7) Zwischenergebnis: Der Islam als unabänderlicher Leitwert der Verfassung

Die Verfassung hat in mehreren Bestimmungen Bezüge zum islamischen Recht hergestellt, die dieses zum Leitwert der Verfassung erheben. In diesem Zusammenhang ist Art. 3 AfgVerf die bedeutsamste Regelung. Er erhebt die *šarî`a* in ihrer Gesamtheit zum obersten Konstitutionsprinzip. Zwar ergibt sich der Islam als Verfassungswert in erster Linie aus der Zusammenschau der oben behandelten Regelungen, im Hinblick auf Kollisionsregelungen und Auslegungsfragen ist jedoch Art. 3 AfgVerf entscheidend. Nach Art. 149 Abs. 1 AfgVerf ist diese Regelung unabänderlich. Da der hanafitischen Rechtsschule nur eine subsidiäre Rolle bei der Rechtsfindung zukommt, sind ihre Regelungen auch nicht verbindlich im Hinblick auf eine islamfreundliche bzw. islamkonforme Auslegung der Verfassung.

c. Verbot der Grundrechtsverkürzung nach Art. 149 Abs. 2 AfgVerf

Art. 149 Abs. 2 AfgVerf bestimmt, dass Änderungen der Grundrechte der Bürger nur mit dem Ziel erlaubt sind, sie zu verbessern. Daraus folgt, dass keine Grundrechtsverkürzung bezüglich der in der Verfassung konstituierten Grundrechte gegenüber den Bürgern stattfinden darf. Diese Regelung erinnert an die Lehre des deutschen Verfassungsrechtlers *Richard Thoma*, wonach Zweifel bei der Heranziehung der angemessenen Grundrechtsinterpretation dazu führen, dass derjenigen Interpretation der Vorzug zu geben ist, „die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet“.[620] Auch bezüglich der afghanischen Grundrechtsinterpretation ist Art. 149 Abs. 2 AfgVerf so auszulegen, dass im Falle mehrerer Möglichkeiten der Auslegung der Vorrang zu geben ist, die den Bürgern den weitestmöglichen Grundrechtsschutz bietet. Der Grundsatz der Grundrechtseffektivität wird kritisiert, als es sich bei ihm nicht um ein Prinzip der Erkenntnis, sondern um eine Scheinbegründung für die Durch-

---

[618] Art. 120 AfgVerf 1964 erklärt “adherence to the basic principles of islam…“ für unabänderlich; so auch Art. 121 AfgVerf 1977.

[619] Art. 177 Abs. 5 lautet wie folgt: “The convent of the article related to the Islamic nature of the political system; the basis of all the rules and regulations according to Islamic criteria (…) official religion of Iran and the religious school are unalterable“.

[620] Vgl. *Thoma*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten, S. 1 (9).

setzbarkeit erwünschter Entwicklungen handelt.[621] Im Falle der afghanischen Verfassung ist dem nicht zuzustimmen. Diese Regelung ist neu und wertet die Bedeutung der Grundrechte im Vergleich zu früheren Verfassungen auf. Sie legt ein Minimum der Gewährung von Grundrechten fest. Eine solche Entwicklung – wenn auch nur auf normativer Seite – ist auch im Rahmen der Grundrechtsinterpretation positiv zu würdigen. Daher ist sie in den Katalog der Auslegungselemente mit aufzunehmen.

[621] So *Ossenbühl*, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, in: Merten/Papier, Hdb. d. Grundrechte, S. 595 (608).

Kapitel 3: Die Stellung der Frau in der Verfassung von 2004

A. Allgemein

Kapitel 3 beschäftigt sich mit der Stellung der Frau in der afghanischen Verfassung im Spannungsfeld zwischen dem islamischen Recht und dem von Afghanistan ratifizierten Völkervertragsrecht.

Hinsichtlich der Verfassungsnormen soll zwischen neutralen und geschlechtsbezogenen Normen differenziert werden. Erstere sind Regelungen, die alle Staatsbürger betreffen. Sie unterscheiden nicht nach Geschlecht und gelten folglich für beide Geschlechter gleichermaßen. Daher werden diese nicht gesondert behandelt. Letzere, nämlich die geschlechtsbezogenen Normen, differenzieren nach dem Geschlecht. Diese sollen im Folgenden behandelt werden. Ebenfalls werden Regelungen behandelt, die eine Diskriminierung der Geschlechter verbieten.

Hinsichtlich der Verfassungsregelungen, die die Frau ausdrücklich erwähnen, ist nach Grundrechtspositionen und der Stellung der Frau in Verfassungsorganen zu differenzieren. Im Fokus steht hier der spezielle Gleichheitssatz nach Art. 22 Abs. 2 AfgVerf, dessen Auslegung – wie noch zu zeigen sein wird – erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Zentral ist hierbei die Frage, ob auch der Gesetzgeber an diese Regelung gebunden ist. Das Spannungsfeld zwischen dem

islamischen Recht und internationalem Recht wird vor allem am Beispiel dieser Norm deutlich.

B. Grundrechtspositionen der Frau

Im Grundrechtskatalog wird die Frau zweimal erwähnt und zwar in Art. 22 AfgVerf (spezieller Gleichheitsgrundsatz) und Art. 44 AfgVerf (Förderung der Bildung).

I. Der Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 22 AfgVerf

Der Grundrechtskatalog beginnt mit der Gleichheit aller Bürger Afghanistans, Art. 22 AfgVerf.[1] Gem. Art. 22 Abs. 1 AfgVerf ist jegliche Form von Benachteiligung oder Bevorzugung unter den Bürgern Afghanistans verboten. Diese Regelung orientiert sich zwar an Art. 25 der Verfassung aus dem Jahre 1964, allerdings war der allgemeine Gleichheitssatz bereits in der ersten afghanischen Verfassung aus dem Jahre 1923 enthalten.[2] Dabei wird nicht eine „Gleichheit" gefordert, sondern das Verbot einer Benachteiligung oder Bevorzugung statuiert. Diese Formulierung tendiert in Richtung Nichtdiskriminierung.[3] Im Folgenden wird der Fokus der Untersuchung auf den speziellen Gleichheitssatz des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf gelegt.

1. Der spezielle Gleichheitssatz, Art. 22 Abs. 2 AfgVerf

a. Allgemein

Als einzigen Unterfall des allgemeinen Diskriminierungsverbots konstituiert Art. 22 Abs. 2 AfgVerf das Gebot der Gleichbehandlung von Frau und Mann. Abs. 2 ist daher als lex specialis gegenüber Abs. 1 zu verstehen. Die deutsche Übersetzung dieses Artikels lautet wie folgt:

> *Die Bürger Afghanistans, sowohl Frauen als auch Männer, haben vor dem Gesetz gleiche Rechte und Pflichten.*

---

[1] Vgl. dazu *Lauterpacht*, An International Bill of Rights of Man, S. 115, für den der Gleichheitssatz „is in a substantial sense the most fundamental of the rights of man. It occupies the first place in most written constitutions. It is the starting point of all other liberties." zitiert nach *Ramacharan,* Equality and Nondiscrimination, in: Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights, S. 246 (247).

[2] Siehe dazu Kapitel 1 B. I.

[3] Siehe allgemein zu dem Rechtsbegriff der Gleichheit und Nichtdiskriminierung *Nolte*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, S. 235 ff.

Englische Übersetzungen divergieren zwischen der Singularform “whether man or woman“ und der Pluralform “whether men or women“. Im Originaltext auf Dari und Paschto werden die Geschlechter im Singular genannt („zan wa mard“). Gerade die Nennung der Geschlechter ist auf internationaler Ebene als “victory for human rights advocates”[4] und als “a significant victory for women and girls in Afghanistan”[5] begrüßt worden. In der afghanischen Verfassungstradition ist die ausdrückliche Erwähnung der Geschlechter indes keine Neuheit.[6] Die Euphorie hinsichtlich der Einführung des speziellen Gleichheitssatzes ist auf die deutliche Abkehr von der frauenfeindlichen Politik der Mudschaheddin während des afghanischen Bürgerkriegs sowie der Unterdrückungspolitik der Taliban zu sehen. Diese Ereignisse hatten gewaltige Rückschritte im Hinblick auf Frauenrechte in Afghanistan mit sich gebracht. In ausdrücklicher Abkehr von diesen Geschehnissen ist die Nennung der Gleichheit der Geschlechter in der Verfassung von 2004 durchaus als „Errungenschaft“ zu sehen.

Neu an der Verfassung von 2004 ist, dass sie die Frau im Singular nennt. In der Literatur wird diese Tatsache als Betonung ihrer Rechte als Individuum gesehen und nicht nur als Gruppenangehörige.[7] Bedenkt man, dass in der afghanischen Gesellschaft der Schutz der Gemeinschaft in Form der Familie absolute Priorität hat und die Interessen des Einzelnen im Spannungsfall zurücktreten müssen, dann bringt die Nennung der Frau als Individuum tatsächlich eine Neuerung – zumindest auf normativer Ebene – mit sich. Letztendlich kommt es insbesondere auf die Anwendung dieser Vorschrift in der Praxis an.

Zudem wird die Wendung „Bürger Afghanistans“ gebraucht, während in einigen anderen Grundrechten nur „afghanische Staatsbürger“[8] vom persönlichen Schutzbereich umfasst sind. Damit findet der Rang dieses Grundrechts als Menschenrecht deutlich Ausdruck, so dass der persönliche Schutzbereich nicht eingeschränkt ist.

---

[4] Siehe beispielsweise *Graham,* “A new constitution for Afghanistan”, CBS News, Kabul, 26. Januar 2004, im Internet aufrufbar unter http://www.cbsnews.com/stories/2004/01/02/world/main591116.shtml, zuletzt aufgerufen am 3. Dezember 2010.

[5] Siehe dazu die Stellungnahme der Vorsitzenden des CEDAW-Kommitees *Feride Acer*, im Internet unter aufrufbar unter http://peacewomen.org/resources/Afghanistan/CEDAWAcar.html aufrufbar, zuletzt aufgerufen am 28. April 2010.

[6] Vgl. Art. 27 der Verfassung von 1977: “All the people of Afghanistan, both women and men, without discrimination and privilege, have equal rights and obligations before the law.“Ähnlich auch Art. 38 der Verfassungen von 1987 und 1990 mit der umgekehrten Reihenfolge “men and women”.

[7] *Vergau*, Manifest der Hoffnung, S. 465 (476); *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 124.

[8] Zum Beispiel. Art. 35 AfgVerf und Art. 43 AfgVerf.

b. Gewährleistung einer Rechtssetzungsgleichheit?

Nach dem Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf haben sowohl die Frau als auch der Mann „vor dem Gesetz“ die gleichen Rechte und Pflichten. Zentral ist in diesem Zusammehang die Frage nach der Rechtssetzungsgleichheit in Abgrenzung von der Rechtsanwendungsgleichheit. Gleichheit „vor dem Gesetz“ bedeutet Gleichheit vor dem Richter und der Verwaltung.[9] Das existierende Recht ist ohne Ansehen der Person zu verwirklichen.[10] Unabhängig vom Geschlecht wird jeder in gleicher Weise durch Normierungen des Rechts berechtigt und verpflichtet. Umgekehrt ist es den rechtsanwendenden staatlichen Stellen verwehrt, bestehendes Recht zugunsten oder zu Lasten einzelner Personen nicht anzuwenden. Dieser die Wahrung der Legalität sichernde Grundsatz gehört zur Kernsubstanz klassischer Rechtsstaatlichkeit.[11]

Die Rechtssetzungsgleichheit hat die Bindung des Gesetzgebers an den speziellen Gleichheitsgrundsatz zur Folge. Materiell geht es um die Frage, welchen Inhalt der Gleichheitssatz für den Gesetzgeber hat.[12] Es ist daher zu klären, ob es sich bei Art. 22 Abs. 2 AfgVerf über eine Rechtsanwendungsgleichheit (Gleichheit vor dem Gesetz) hinaus auch um eine Rechtssetzungsgleichheit (Gleichheit des Gesetzes) handelt. Diese Frage wird in der bisherigen Afghanistanliteratur stark vernachlässigt.[13]

c. Rechtsfolgen einer Differenzierung

Zu klären ist, welche Rechtsfolgen die Rechtsanwendungs- und die Rechtssetzungsgleichheit mit sich bringen. In den Fällen einer bloßen Rechtsanwendungsgleichheit wäre es verfassungsrechtlich nicht verwehrt, Normen zu erlassen, die nach dem Geschlecht differenzieren. Unterschiedliche Regelungen im Hinblick auf die Geschlechter wären im Ergebnis vom freien Ermessen des Gesetzgebers abhängig.[14] Hingegen müsste er im Falle einer Rechtssetzungsgleichheit eine Geschlechterdifferenzierung rechtfertigen. Diese Rechtfertigungsgründe könnten auch so weit gehen, dass sie weit ausgelegt würden und die Rechtssetzungsgleich-

---

[9] *Giese*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 109 Rn. 1.

[10] *Hesse*, Der Gleichheitssatz in der Verfassungsentwicklung, AöR 1984, S. 174 (185).

[11] *Tomuschat*, Anmerkung zur Entscheidung des UN-Ausschusses für Menschenrechte (Un-AMR) vom 9. April 1987 im Falle *Zwaan-de Vires*, EuGRZ 1989, S. 37.

[12] Vgl. *Hesse*, Der Gleichheitssatz in der Verfassungsentwicklung, AöR 1984, S. 174 (185).

[13] Vgl. dazu auch insbesondere *Mahmoudi*, der von der Vereinbarkeit des Art. 22 mit den Vorgaben der allgemeinen Menschenrechtserklärung ausgeht, S. 867 (876); im afghanischen Staatenbericht zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention vom 28. August 2009 haben die afghanischen Berichterstatter im Hinblick auf Art. 22 nicht nach Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsgleichheit differenziert: "…Furthermore, article 22 of the Constitution prohibits all types of discrimination among Afghanistan´s citizens and states that all citizens, men and women, have equal rights and obligations…“, CRC/C/AFG/1, vom 13. Juni 2010, S. 13.

[14] So auch *Hartwig*, Der Gleichheitssatz und die Universalisierung der Menschenrechte, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, S. 273 (283 ff.).

heit inhaltlich in die Nähe einer Rechtsanwendungsgleichheit gerückt würde. Dann wäre eine Differenzierung vom Rechtsgehalt her nicht von tragender Bedeutung. Dagegen spricht allerdings, dass der Gesetzgeber im Falle einer Bindung an den Gleichheitsgrundsatz die rechtfertigenden Gründe beachten muss. Es ist zumindest eine Abwägung vorzunehmen. Beachtet man die Abwehrfunktion von Grund- und Menschenrechten,[15] so ist der Bürger im Falle einer Rechtssetzungsgleichheit eher vor Willkür und dem freien Ermessen des Gesetzgebers geschützt als im Falle einer Rechtsanwendungsgleichheit. Damit ist *Böckenförde*[16] zuzustimmen, dass die Rechtssetzungsgleichheit einen Gerechtigkeitsauftrag und damit auch eine Gerechtigkeitsfunktion enthält. Vor diesem Hintergrund ist eine Untersuchung der Frage, ob es sich bei Art. 22 Abs. 2 AfgVerf über die Rechtsanwendungsgleichheit hinaus auch um eine Rechtssetzungsgleichheit handelt, von zentraler Bedeutung. In Anbetracht der Tatsache, dass die Verfassung sowohl in Art. 3 AfgVerf auf das islamische Recht als auch auf das Völkervertragsrecht (Art. 7 AfgVerf) Bezug nimmt, sind Spannungen mit Blick auf eine Rechtssetzungsgleichheit vorprogrammiert.

Das Problem, ob Art. 22 Abs. 2 AfgVerf auch den Gesetzgeber bindet, wird vor allem bei dem im Jahr 2009 verabschiedeten schiitischen Familiengesetz deutlich.[17] Vor diesem Hintergrund ist auch hinsichtlich aktueller Gesetzgebung die Frage nach der Rechtssetzungsgleichheit von großer Bedeutung.

2. Der durch Auslegung zu erschließende Sinngehalt des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf

Im Folgenden ist zu klären, ob Art. 22 Abs. 2 AfgVerf neben der Rechtsanwendungsgleichheit auch eine Rechtssetzungsgleichheit enthält. Dazu ist zunächst zu ermitteln, wie dieser Artikel von dem Obersten Gerichtshof ausgelegt wird. Daran anschließend soll eine eigene Interpretation des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf vorgenommen werden. Hierbei sind die oben für die afghanische Verfassung entwickelten Auslegungsmethoden anzuwenden. Dazu zählen neben den vier gängigen Auslegungsmethoden die menschenrechtsfreundliche Auslegung der Verfassung, die islamkompatible Auslegung sowie das Gebot der Grundrechtseffektivität.

---

[15] Vgl. *Ossenbühl,* Die Interpretation der Grundrechte, NJW 1976, S. 2100 ff.

[16] *Böckenförde*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 1989, S. 95; so auch *Walter*, Gleichheit und Rationalität, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtschutz, S. 253 (254).

[17] Siehe zum schiitischen Familiengesetzbuch von 2009 Kapitel 2 C II 2. a. bb. (1) (bb).

a. Ansicht des Richters Bahauddin Baha (Oberster Gerichtshof)

Bis heute ist keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu Art. 22 Abs. 2 AfgVerf bekannt. Aufgrund dieser Tatsache war es im Rahmen der Recherchen zu dieser Arbeit letztlich nur möglich, in einem Gespräch mit dem Richter des Obersten Gerichtshofs *Bahauddin Baha* die Auffassung des Gerichts über diese Problematik zu erkunden. Zu der Frage, ob Art. 22 Abs. 2 AfgVerf der Verfassung sowohl die Rechtsanwendungsgleichheit als auch die Rechtssetzungsgleichheit gewährleistet, antwortete der Richter wie folgt:

> *Gleichheit nur vor dem Gesetz, nicht der Gesetzgeber. In Afghanistan sind Mann und Frau gleichberechtigt. Das ist ein Naturgesetz. Egal, ob es Gesetze gibt oder nicht, kann keiner sagen, dass Frau und Mann unterschiedliche Rechte haben. Es gibt aber jetzt ein Gesetz, in dem Mann und Frau gleichberechtigt sind. Im Islam hat die Frau mehr Rechte als der Mann. Die Frau kann im Parlament gewählt werden, sie kann Richter werden, sie kann Präsidentin werden, sie kann Handel betreiben, sie kann sich mit der Landwirtschaft beschäftigten. …*[18]

Der Richter *Baha* nimmt hinsichtlich des allgemeinen und speziellen Gleichheitssatzes eine bloße Rechtsanwendungsgleichheit nicht aber eine Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz an. Allerdings vertritt er den Standpunkt, dass Frauen und Männer in Afghanistan generell gleichberechtigt seien und argumentiert mit einem „Naturgesetz“. Dass ein solches „Naturgesetz“ in der afghanischen Rechtspraxis weder angewandt, noch bekannt ist, bleibt unerwähnt. Ohne eine dogmatische Begründung verweist er zudem auf das islamische Recht und behauptet pauschal, dass danach Frauen mehr Rechte zustehen als Männer. Diese Argumentationsweise verdeutlicht die mangelnde dogmatische Ausarbeitung des afghanischen Rechts.

b. Der Wortlaut

Der von den Normsetzern gewollte Regelungsgehalt ist zuerst im Wortlaut der Norm zu suchen.[19] Dabei ist auf die sprachliche Aussage der jeweiligen Vorschrift selbst abzustellen.[20] Art. 22 Abs. 2 AfgVerf verwendet die Formulierung „vor dem Gesetz“. Teilweise wird die Gewährleistung einer Rechtssetzungsgleichheit mit diesem Wortlaut verneint, weil die Formulierung den internationalen Standards nicht genüge.[21] Die „Kommission zum Schutze von Frauenrechten in der loya

---

[18] Diese Antwort ergab sich aus einem von der Verfasserin durchgeführten Interview mit *Bahauddin Baha*, Richter am Obersten Gerichtshof, am 9. März 2010 in Kabul.

[19] *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 731.

[20] *Maurer*, Staatsrecht I, S. 19.

[21] *Oates/Helal*, At the cross-roads of conflict and democracy, S. 39 f. im Internet aufrufbar unter http://www.ichrdd.ca/site/_PDF/publications/asia/democraticgovernanceasia.pdf, zuletzt aufgerufen am 13. Januar 2010.

jirga“ hatte den Vorschlag unterbreitet, Art. 22 Abs. 2 AfgVerf wie folgt zu formulieren:[22]

The citizens of Afghanistan have equal rights and duties before the law and enjoy (both men and women) equal protection of the law.[23]

In der Tat kann aus der Formulierung „vor dem Gesetz“ abgeleitet werden, dass der Gleichberechtigungsgrundsatz lediglich bei der Anwendung des Gesetzes zu beachten ist. Aber dann müsste man davon ausgehen, dass das Gesetz bereits existiert.[24] Bei dieser Annahme müsste es nicht heißen „vor dem Gesetz“, sondern „angesichts des Gesetzes“.[25] Wird die Betonung auf das Wort „vor“ gelegt, so kann das auch eine Bindung des Gesetzgebers durch die Verfassung bedeuten.[26] Gleichheit „vor dem Gesetz“ würde auch Gleichheit vor dem im Gesetz zum Ausdruck kommenden Recht bedeuten.[27] Demnach hätte auch der Gesetzgeber den Gleichheitsgrundsatz zu beachten. Dem steht jedoch entgegen, dass der Verfassungsgeber in diesen Fällen die Formulierung „durch das Gesetz“ hätte wählen können und dies im Falle von Art. 22 Abs. 2 AfgVerf unterlassen hat.

Eine wörtliche Auslegung des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf bringt folglich kein tragfähiges Ergebnis. Weitere Argumente beruhen lediglich auf Spekulationen. Es ist daher der Wille des Verfassungsgebers entscheidend und nicht die Zufälligkeit der Wortwahl. Dies zeigt sich auch an einigen Verfassungen Europas, die zwar mit den Worten *égalité devanat la loi*, gekennzeichnet sind, aber zweifellos mehr als die bloße Rechtsanwendungsgleichheit erfassen.[28]

Im Rahmen der weiteren Auslegungsmethoden ist entscheidend, dass der Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf eine Rechtssetzungsgleichheit nicht ausschließt.

---

[22] Appendix D: Recomendation by the Committee for the protection of women`s rights at the loya jirga, der Text des Berichts ist im Internet aufrufbar unter http://peacewomen.org/resources/Afghanistan/RDLoyajirga2004.pdf , zuletzt aufgerufen am 28. April 2010.

[23] Eine solche Ausgestaltung des Gleichheitssatzes hat auch die kanadische Organisation Rights & Democracy in ihrem Schreiben vom 30. Oktober 2003 an den afghanischen Präsidenten *Hamid Karzai* verlangt, siehe Rights & Democracy´s letter to President Karzai on women`s rights in the new constitution, in: *Oates/Helal,* Appendix B.

[24] Vgl. *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 35.

[25] *Anschütz*, Kommentar zur Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850, S. 108.

[26] Vgl. *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 35.

[27] So *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 35.

[28] Siehe dazu Art. 10 der Verfassung Belgiens, Art. 4 der griechischen Verfassung, Art. 40 der Verfassung Irlands, Art. 7 der österreichischen Verfassung und Art. 13 der portugiesischen Verfassung, zitiert nach *Nolte*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, S. 2.

c. Die Entstehungsgeschichte

Möglicherweise könnte die Entstehungsgeschichte des speziellen Gleichheitssatzes eine Antwort auf die hier zu untersuchende Frage ergeben. Dabei bedarf es einer Untersuchung der Motive der Verfassungsgeber.[29] Entscheidend sind dabei diverse Umstände und Einflüsse:[30] Zunächst gilt es, den historisch-gesellschaftlichen Kontext zu beachten. Dabei sind gesellschaftliche Interessen und Konfliktsituationen, die zu der Normsetzung geführt haben, zu beachten. Ferner ist auf den Regelungswillen der am Gesetzgebungsprozess Beteiligten einzugehen. Es handelt sich hierbei um die Ermittlung der rechtspolitischen Absichten und Steuerungsziele derer, die auf die Formulierung und die rechtspolitische Durchsetzung des Normsetzungsvorgangs maßgeblichen Einfluss hatten. Dabei sind auch die Materialien des Verfahrens der Verfassungsgebung zu beachten.

Das Bonner Übereinkommen, das erste Dokument, das u.a. die Verabschiedung einer neuen afghanischen Verfassung festlegte, gibt keine spezifischen Vorgaben zur Gleichberechtigung der Geschlechter in der neuen Verfassung. Die Frau wird in diesem Dokument meist im Zusammenhang mit der institutionellen Partizipation in den Übergangsinstitutionen erwähnt.[31] Auch im Rahmen des Verfassungsgebungsprozesses spielte Art. 22 Abs. 2 AfgVerf keine zentrale Rolle. Der letzte Verfassungsentwurf hatte eine allgemeine Formulierung vorgesehen und besagte, dass alle Bürger Afghanistans die gleichen Rechte und Pflichten vor dem Gesetz hätten.[32] Die ausdrückliche Nennung der beiden Geschlechter in der jetzigen Verfassung wurde auf Drängen weiblicher Mitglieder in der loya jirga eingeführt.[33]

Aus der Entstehungsgeschichte ist festzuhalten, dass eine Formulierung des speziellen Gleichheitssatzes zunächst ausbleiben sollte. Mithin nahm die rechtliche Gleichstellung der Frau in der Wertungsskala der Mitglieder der verfassungsgebenden *loya jirga* keinen hohen Rang ein. Der Verfassungsgebungsprozess zeigt, dass andere Themen, wie die Stellung des Präsidenten, die Ethnienfrage und die Rolle der Religion größere Bedeutung hatten. Mithin führt die Entstehungsgeschichte bei der Lösung der vorliegenden Problematik nicht weiter.

---

[29] *Maurer*, Staatsrecht I, S. 19.

[30] Im Folgenden *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 778 ff.

[31] Vgl. Abschnitt III A. Nr. 3, IV Nr. 2), V. Nr. 4) des Bonner Abkommens.

[32] *Poya*, Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan , ORIENT 2003, S. 367 (381).

[33] Vgl. *Kamali*, Islam and its Sharia in the Afghan Constitution 2004, S. 23 (38); *ders*., References to Islam and Women in the Afghan Constitution, S. 270 (300).

d. Teleologische Interpretation

Ferner ist im Rahmen einer teleologischen Interpretation zu ermitteln, ob Art. 22 Abs. 2 AfgVerf auch die Rechtssetzungsgleichheit erfasst. Dabei ist auf den Sinn und Zweck der Vorschrift abzustellen. Dieser ist insbesondere in der Gleichstellung der Geschlechter und insbesondere dem Schutz der Frauen vor Diskriminierungen zu sehen.

Nimmt man eine Rechtssetzungsgleichheit an, so wäre der Schutz vor dem Gesetzgeber vom *telos* der Norm mit umfasst. Ob dieser über die Rechtsanwendungsgleichheit hinaus auch die Rechtssetzungsgleichheit umfassen soll, ist vorliegend nicht eindeutig ersichtlich. Daher hilft auch die teleologische Interpretation nicht weiter. Der endgültige Sinn und Zweck dieser Vorschrift kann erst dann ermittelt werden, wenn feststeht, ob es sich um eine Rechtssetzungs- oder um eine Rechtsanwendungsgleichheit handelt und nicht umgekehrt.

e. Systematische Auslegung

Im Rahmen der systematischen Auslegung ist die Verfassungsnorm in ihrem größeren Zusammenhang zu sehen und muss in die Gesamtsystematik der Verfassung eingeordnet werden.[34] Folglich ist die Stellung des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf in der Verfassung zu berücksichtigen. Eine Rechtssetzungsgleichheit kann dann angenommen werden, wenn andere Verfassungsregelungen eine materielle Rechtssetzungsgleichheit fordern, die eine im speziellen Gleichheitssatz konstituierte Rechtssetzungsgleichheit überflüssig machen würden. Eine solche Regelung ist jedoch in der afghanischen Verfassung nicht ersichtlich.

Ferner kann eine materielle Bindung des Gesetzgebers infolge einer generellen Bindung der Legislative an die Verfassung und vor allem an die Grundrechte erfolgen. Die Bindung des Gesetzgebers würde den Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Parlamentsgesetz begründen.[35]

aa. Keine ausdrückliche Bindung des Gesetzgebers

Zu prüfen ist, ob in der afghanischen Verfassung eine ausdrückliche Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung bzw. an die Grundrechte vorliegt. Als Beispiel gilt hier insbesondere Art. 1 Abs. 3 GG. Dieser bestimmt für die Grundrechte die Bindung der drei Gewalten,[36] sodass auch das Parlament an die Grundrechte gebunden ist. Diese Regelung fordert demnach eine Rechtssetzungsgleichheit.[37] Die alleinige Regelung des Art. 20 Abs. 3 GG hätte die Gefahr einer Auslegung

---

[34] *Maurer*, Staatsrecht I, S. 19.
[35] *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Abs. 3 Rn. 253.
[36] *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 221; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1, Rn. 81.
[37] *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3,Rn. 3.

mit sich gebracht, dass die Grundrechte erst über die Gesetzgebung Geltung erlangen.[38] Im Hinblick auf die vorverfassungsmäßige Dogmatik, die den Grundrechten lediglich die Qualität von Programmsätzen zugebilligt hatte, hat die Konstituierung dieses - aus dem Rechtsstaatsprinzip stammendenden - Grundsatzes ihre Berechtigung.[39] Eine dem Art. 1 Abs. 3 GG verwandte Vorschrift enthält die afghanische Verfassung nicht. Zu suchen ist nach anderen verfassungsrechtlichen Vorschriften, die zumindest mittelbar eine Bindung der legislativen Gewalt an die Verfassung festlegen.[40]

Für die Judikative und Exekutive legt die Verfassung bezüglich der Bindung an die Verfassung Folgendes fest: Art. 74 AfgVerf schreibt vor, dass die Minister ihren Eid unter anderem auch im Hinblick auf die Beachtung der Verfassung Afghanistans ablegen müssen. Nach Art. 75 Nr. 1 AfgVerf hat die Regierung unter anderem die Pflicht die Bestimmungen der Verfassung umzusetzen. Ähnliches gilt auch für die Mitglieder des Obersten Gerichtshofes. Auch sie müssen einen Eid darauf leisten, „den Geist dieser Verfassung … zu wahren…".[41] Art. 130 AfgVerf bindet die Judikative an die Bestimmungen der Verfassung. Eine solche Regelung ist in dem Abschnitt zur legislativen Gewalt (Kapitel 5, Art. 81 – 109 AfgVerf) nicht ausdrücklich konstituiert.

bb. Die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung nach Art. 5 AfgVerf?

Zu klären ist, ob sich eine Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung aus Art. 5 AfgVerf ergibt. In der deutschen Übersetzung des Art. 5 AfgVerf legt dieser unter anderem fest, dass die Durchführung der Bestimmungen der Verfassung und sonstiger Gesetze zu den Grundpflichten des Staates gehört.[42] Wie bereits oben analysiert, sind von dem Begriff „Staat" alle drei Gewalten erfasst.[43] Zu klären ist allerdings, ob die „Durchführung der Bestimmungen dieser Verfassung" dahingehend zu interpretieren ist, dass der Gesetzgeber verbindlich an die Vorschriften der Verfassung gebunden ist. In der Dariversion der Verfassung wird der Begriff tatbīq verwendet, was vielmehr mit „übereinstimmen" und nicht mit

[38] *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 1 Abs. 3 Rn. 221.
[39] *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 41.
[40] Auch Art. 8 I der südafrikanischen Verfassung enthält eine ähnliche Vorschrift: "The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state."
[41] Vgl. Art. 119 AfgVerf.
[42] Der vollständige Text des Art. 5 AfgVerf lautet wie folgt: „Die Durchführung der Bestimmungen dieser Verfassung und sonstiger Gesetze, die Verteidigung der Unabhängigkeit, der nationalen Souveränität, der territorialen Integrität, die Gewähr der Sicherheit sowie der Verteidigungsfähigkeit des Landes gehören zu den Grundpflichten des Staates."
[43] Siehe Kapitel 2 C. II. 2. dd. (2).

„durchführen" zu übersetzen wäre.[44] Danach würde Art. 5 AfgVerf wie folgt heißen:

> *Die Übereinstimmung der Bestimmungen dieser Verfassung und sonstiger Gesetze ... gehört zu den Grundpflichten des Staates.*

Bei einer wörtlichen Übersetzung des Art. 5 AfgVerf wird deutlich, dass diese Vorschrift unvollständig ist. Das ist nicht zuletzt auf den Zeitdruck und die fehlenden rechtstechnischen Kenntnisse im Verlaufe des Verfassungsgebungsprozesses zurückzuführen. Folglich hilft dieser Artikel für die Beantwortung der Frage nach der Verfassungsbindung der Legislative nicht weiter.

cc. Die Bindung des Gesetzgebers aus dem Prinzip des Vorrangs der Verfassung

Schließlich kann sich die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung aus dem Prinzip des Vorrangs der Verfassung ergeben. Diesem „Vorrang" der Verfassung korrespondiert ein „Nachrang" des Gesetzes und damit auch des Gesetzgebers.[45] Hierbei spielen Art. 121 AfgVerf und 162 Abs. 2 AfgVerf eine entscheidende Rolle. Der Vorrang der Verfassung gegenüber den einfachen Parlamentsgesetzen ergibt sich aus der Möglichkeit eines Normenkontrollverfahrens nach Art. 121 AfgVerf. Damit wird zum einen die Verfassung über den Gesetzgeber gestellt und zum anderen bietet Art. 121 AfgVerf die Möglichkeit der prozessualen Durchsetzung dieses Verfassungsvorrangs im Rahmen einer Normenkontrolle vor dem Obersten Gerichtshof. Ferner sind nach Art. 162 Abs. 2 AfgVerf mit Inkrafttreten dieser Verfassung Gesetze und gesetzliche Erlasse, die ihren Bestimmungen widersprechen, ungültig. In der Zusammenschau dieser Regelungen ist ein Bekenntnis zur Verfassungsbindung der legislativen Gewalt in der Verfassung niedergelegt.

dd. Zwischenergebnis

Durch die Anerkennung der Verfassungsbindung der Gesetzgebung erfahren die Grundrechte eine Aufwertung insofern, als sie nunmehr als unmittelbar geltendes Recht und nicht nur als bloße Programmsätze ohne rechtliche Verbindlichkeit anzusehen sind. Damit bilden die Grundrechte eine Schranke für Entscheidungen des Parlaments. Im Hinblick auf Art. 22 Abs. 2 AfgVerf führt die Verfassungsbindung des Gesetzgebers dazu, dass die Norm auch im Sinne einer Rechtssetzungsgleichheit zu verstehen ist.

---

[44] Für diesen Hinweis möchte ich mich herzlich bei Frau *Sarah Bayani* bedanken.

[45] Vgl. *Sauer*, Die Verfassungsbindung des Gesetzgebers, S. 63.

f. Menschenrechtsfreundliche Auslegung des speziellen Gleichheitssatzes

Zu prüfen ist, ob auch eine menschenrechtsfreundliche Auslegung des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf zur Annahme einer Rechtssetzungsgleichheit führt. Auf völkerrechtlicher Ebene hat das Prinzip der Gleichberechtigung der Geschlechter in mehrfacher Weise eine rechtliche Fixierung erfahren.[46] Der Standard der Gewährleistung der Gleichberechtigung von Mann und Frau geht vom Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts bis zum Postulat faktischer Chancengleichheit von Frauen. Im Folgenden werden die UN-Charta, die AEMR und die von Afghanistan ratifizierten Menschenrechtsabkommen daraufhin untersucht, inwieweit diese eine Gleichberechtigung der Geschlechter im Sinne einer Rechtssetzungsgleichheit fordern. Daran anknüpfend stellt sich die Frage, inwieweit diese die Aufnahme der Rechtssetzungsgleichheit in den Verfassungen der Vertragsstaaten verlangen.

aa. Die Charta der Vereinten Nationen (UNCh)

Schon die Präambel der Charta der Vereinten Nationen[47] formuliert das Ziel der Gleichberechtigung der Geschlechter wie folgt:

> *Wir, die Völker der Vereinten Nationen – fest entschlossen, …, unseren Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit, an die Gleichberechtigung von Mann und Frau … erneut zu bekräftigen …*

Diese programmatische Zielsetzung der Präambel wird im ersten Artikel der Charta als rechtsverbindliche Pflicht der Mitgliedstaaten ausgestaltet: In Art. 1 Nr. 3 UNCh wird die „Verwirklichung der Menschenrechte für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion" als Ziel der Charta benannt.[48] Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten in Art. 55 lit. c UNCh in Verbindung mit Art. 56 UNCh verpflichtet, diese Ziele nicht nur anzuerkennen, sondern zu fördern und an deren Verwirklichung aktiv mitzuwirken.[49] Die Gleichberechtigung der Geschlechter wird in weiteren Artikeln der Charta präzisiert.[50] Allerdings sind die betreffenden Bestimmungen nicht

---

[46] *Ebsen*, Gleichberechtigung von Männern und Frauen, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts (1), S. 263 (268).

[47] Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, United Nations Conference on International Organization, Documents, Bd. XV (1945), S. 335, BGBl. 1973 II S. 430, 1974 II S. 770, 1980 II S. 1252.

[48] Die Diskriminierungsverbote sind in Art. 1 Ziff. 3, Art. 13 Abs. 1 lit b und Art. 55 lit c der UN-Charta formuliert.

[49] *Klein*, Schutz von Menschenrechten der Frauen nach dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, in: ders. (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, S. 31 (33).

[50] Art. 13 Abs. 1 lit. b, Art. 55 lit. c und Art. 76 lit. c UNCh.

bestimmt genug, um allein daraus die Pflicht zur Einführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes in Form der Rechtssetzungsgleichheit ableiten zu können.[51]

bb. Die Allgemeine Menschenrechtserklärung

Die Allgemeine Menschenrechtserklärung (AEMR) vom 10. Dezember 1948[52] ist ein aus 30 Artikeln bestehender Rechte-Katalog, der klassische politische Abwehrrechte, aber auch soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte enthält.[53] Das Diskriminierungsverbot ist ausdrücklich in Art. 2 Nr. 1 AEMR statuiert. Hinsichtlich der „Gleichheit des Gesetzes" ist Art. 7 S. 1 AEMR von Bedeutung:

> *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz.*

Während die politisch-moralische Autorität der AEMR außer Frage steht,[54] ist ihre rechtliche Bindungswirkung umstritten: Einige Autoren gehen von einer völkerrechtlichen Unverbindlichkeit aus.[55] Teilweise wird eine gewohnheitsrechtliche Geltung etlicher in der AEMR enthaltener Rechte angenommen.[56] Ferner gibt es Stimmen, die lediglich einigen Bestimmungen völkergewohnheitsrechtliche Geltung zusprechen.[57] Zu diesem menschenrechtlichen Mindeststandard zählen das Folter- und Genozidverbot, das Verbot rassischer Diskriminierung und willkürlicher Verhaftung sowie die Anerkennung des Menschen als Rechtsper-

---

[51] Vgl. *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, S. 45; *Wense*, Der UN-Menschenrechtsausschuss, S. 16.
[52] Resolution 217 (III), U.N. Doc. A/810 vom 10. Dezember 1948.
[53] *Klein*, Schutz von Menschenrechten der Frauen nach dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, in: ders. (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, S. 31 (34).
[54] *Hailbronner/Kau*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, S. 227.
[55] *Klein*, Schutz von Menschenrechten der Frauen nach dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, in: ders. (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, S. 31 (34); *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren, S. 102 f.; *Jeschek*, Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, NJW 1954, S. 783 (784); vgl. auch *Bartsch*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes, NJW 1989, S. 3061; *Sommermann,* Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (392).
[56] *Sohn,* The Human Rights Law of the Charter, TILJ 12 (1977), S. 129, (133).
[57] *Hailbronner/Kau*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, S. 227; *Herdegen*, Völkerrecht, S. 335; *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, S. 425; ähnlich auch *Stein/von Buttlar,* Völkerrecht, S. 363; *Meron*, Customary Law, S. 84 ff.

son.[58] Allerdings sind nach dieser Auffassung geschlechtsbezogene Diskriminierungen nicht umfasst.[59]

Gegen eine umfassende Rechtsverbindlichkeit der Allgemeinen Menschenrechtserklärung spricht allerdings, dass Art. 10 und 11 UN-Charta, die festlegen, dass die Generalversammlung keine Rechtssetzungsbefugnis hat, sondern lediglich Empfehlungsbefugnis besitzt.[60] Die AEMR besitzt in erster Linie rein empfehlenden Charakter. Sie ist jedoch rechtlich weder bedeutungslos noch wirkungslos, denn die politisch-moralische Autorität und der Vorbildcharakter der Allgemeinen Erklärung ist für die nachfolgende weitergehende Kodifikation der Menschenrechte und insbesondere des Diskriminierungsverbots unbestritten.[61] Folglich kommt ihr entscheidender Einfluss auf die Internationalisierung des Menschenrechtsschutzes zu.[62]

Die Rechtsverbindlichkeit der AEMR für Afghanistan könnte sich jedoch daraus ergeben, dass sich der afghanische Staat ausdrücklich in Art. 7 AfgVerf verpflichtet, diese zu beachten. Damit würde unabhängig von einer völkerrechtlichen Verbindlichkeit eine aus innerstaatlicher Sicht begründete Rechtsverbindlichkeit angenommen werden. Eine so weitgehende Interpretation des Art. 7 AfgVerf kann jedoch den Verfassungsgebern nicht unterstellt werden. Art. 7 AfgVerf ist zwar der innerstaatliche Geltungsgrund des für Afghanistan verbindlichen Völkervertragsrechts und die afghanische Verfassung öffnet sich den Menschenrechten, aber diese Verpflichtung geht nicht über die auf völkerrechtlicher Ebene getroffene Rechtsverbindlichkeit hinaus. Ist die AEMR nicht auf völkerrechtlicher Ebene rechtsverbindlich, so kann sie auch nicht durch einen Bezug in Art. 7 AfgVerf rechtsverbindlich werden.

Damit ist der AEMR keine Verpflichtung zur Gewährung gleicher Rechte für Frau und Mann zu entnehmen.

---

[58] *Henkin,* Human Rights, in: Encyclopedia of Public International Law, S. 268 (271); *Klein*, Universelller Menschenrechtsschutz, EuGRZ 1999, S. 109 (110); *Veiter*, Der Stand der Menschenrechte in verschiedenen Rechtskreisen, in; Kroker/ders., Rechtspositivismus, Menschenrechte und Souveränitätslehre in verschiedenen Rechtskreisen, S. 64 (67).

[59] *Schöpp-Schilling,* „Frauenausschuss" der VN in der Interaktion mit islamisch gepägten Staaten, in: Elliesie (Hrsg.), Islam und Menschenrechte, S. 417 (424); vgl. zu dieser Frage auch *Ali*, Gender and Human Rights, S. 231 ff.

[60] *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, S. 212.

[61] *Brinkmeier,* Der allgemeine völkerrechtliche Diskriminierungsschutz, in: Klein (Hrsg.), Rassische Diskriminierung, S. 81 (85 f.); zunächst kam der AEMR tatsächlich keinerlei völkerrechtliche Verbindlichkeit zu. Das änderte sich mit der Zeit dadurch, dass sie als Definition und Auslegung der Rechte anerkannt wurde, die die Vereinten Nationen und ihre Mitgliedstaaten nach Art. 55 und 56 UN-Charta fördern wollten (*Kokott/Doehring/Buergenthal*, Grundzüge des Völkerrechts, S. 115).

[62] *Bartsch*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes, NJW 1989, S. 3061; *Sommermann,* Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (392).

cc. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte

(1) Allgemein

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) wurde unter der kommunistischen Regierung des Präsidenten *Babrak Karmal* am 24. Januar 1983[63] ratifiziert. Der Zivilpakt ist in fünf Teile gegliedert. Der erste Teil besteht ausschließlich aus Artikel 1. Teil II (Art. 2-5) enthält allgemeine Regeln, die sich auf die materiellen Rechte und Freiheiten des dritten Teils (Art. 6-27) beziehen. Im vierten Teil (Art. 28-45) sind die Einrichtungen und Aufgaben des Menschenrechtsausschusses geregelt. Teil V besteht aus zwei Artikeln (Art. 46-47). Der letzte Teil (Art. 48-53) enthält schließlich allgemeine Schlussvorschriften.

Die Gleichberechtigung von Frau und Mann behandelt der Zivilpakt in mehreren Artikeln: In dem allgemeinen akzessorischen Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 IPbpR sowie in den speziellen Diskriminierungsverboten der Art. 4 Abs. 1, 24 Abs. 1 und 25 IPbpR, ferner im spezifischen Gleichheitsgebot für Ehegatten in Art. 23 Abs. 4 IPbpR sowie im generellen Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot des Art. 26 IPbpR . Vorliegend werden die allgemeinen Gleichheitsgebote und die allgemeinen Diskriminierungsverbote darauf hin überprüft, ob sie eine Gleichheit durch das Gesetz oder lediglich eine Gleichheit vor dem Gesetz verlangen.

(2) Die akzessorischen Diskriminierungsverbote nach Art. 2 und 3 IPbpR

Art. 2 IPbpR verpflichtet die Vertragsstaaten, die im Pakt anerkannten Rechte unterschiedslos allen Menschen zugänglich zu machen. Abs. 1 IPbpR lautet:

> *Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten.*

Bezüglich der Gleichberechtigung von Frau und Mann ist ferner Art. 3 IPbpR zu nennen, der Folgendes regelt:

> *Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller in diesem Pakt festgelegten bürgerlichen und politischen Rechte sicherzustellen.*

---

[63] Zum Status der Unterzeichnung und Ratifikation der Vertragsstaaten siehe die offizielle Webseite der Vereinten Nationen zum IPbpR, im Internet aufrufbar unter http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#, zuletzt aufgerufen am 7.02.2011.

Durch die nochmalige Betonung der Gleichberechtigung der Geschlechter sollte bekräftigt werden, dass seine Verwirklichung in allen Staaten noch zu wünschen übrig lässt.[64] Art. 3 IPbpR ist allerdings nicht nur eine bloße Wiederholung des Art. 2 IPbpR, sondern verstärkt das Gebot geschlechtsspezifischer Diskriminierung durch das Gebot, die Gleichberechtigung von Mann und Frau durch spezifische Gewährleistungsmaßnahmen auch praktisch zu verwirklichen.[65] In wörtlicher Hinsicht unterscheidet sich Art. 3 IPbpR von Art. 2 IPbpR dadurch, dass er „Gleichberechtigung“ anstatt eines Diskriminierungsverbots verlangt, also positiv formuliert ist.[66]

Sowohl bei Art. 2 IPbpR als auch bei Art. 3 IPbpR handelt es sich um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot. Ein solches liegt nur dann vor, wenn für die jeweilige Differenzierungsgruppe der Schutzbereich eines der Rechte aus dem Pakt gegenüber einer Vergleichsgruppe verkürzt wird.[67] Eine grundsätzliche Gewährleistung einer Rechtssetzungsgleichheit in der Verfassung ist folglich daraus nicht zu entnehmen, da sich das Gebot der Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung auf die in Art. 2-25 und 27 der Konvention enthaltenen Rechte bezieht.[68]

(3) Art. 26 als umfassendes Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot

Das autonome Gleichbehandlungsgebot des Paktes befindet sich in Art. 26 IPbpR.[69] Dieser ist wie folgt formuliert:

> *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere*

[64] Vgl. *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 3, Rn. 2.

[65] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 3, Rn. 10; *Ramacharan*, Equality and Nondiscrimination, in: Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights, S. 246 (252 f).

[66] *Nowak*, CCPR Commentary, Art,. 3, Rn. 2; *Parscht*, Fundamental Principles of Human Rights, in: Vasak/Alston, The International Dimensions of Human Rights, S. 61 (74 f.); *Joseph/Schultz/Castan*, The International Covenant on Civil and Political Rights, S. 681.

[67] *Büscher*, Gleichheit im Familienrecht, in: Verschraegen, Gleichheit im Familienrecht, S. 49 (67).

[68] Allerdings hat der Ausschuss in seinen Allgemeinen Bemerkungen eine weite Interpretation des Art. 3 IPbpR angedeutet, so in AB 4/13, § 3: "Secondly, the positive obligation undertaken by States parties under that article may itself have an inevitable impact on legislation or administrative measures specifically designed to regulate matters other than those dealt with in the Covenant but which may adversely affect rights recognized in the Covenant.", zitiert nach *Nowak*, IPbpR-Kommentar, Art. 3, Rn. 6, Fn. 16.

[69] *Brinkmeier,* Der allgemeine völkerrechtliche Diskriminierungsschutz, in: Klein (Hrsg.), Rassische Diskriminierung, S. 81 (101); *Dupuy*, Equality under the 1966 Covenants and in the 1948 Declaration, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, S. 149 (151); *Ramacharan*, Equality and Nondiscrimination, in: Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights, S. 246 (251).

wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten

Mit den Entscheidungen in den Fällen *Broeks*[70] and *Zwaan-de Vries*[71] hat der Menschenrechtsausschuss[72] Art. 26 IPbpR erstmalig[73] als eigenständige Regelung geprüft.[74] Damit bezieht sich der Anwendungsbereich des Art. 26 IpbpR auch auf Rechte, die nicht in der Konvention gewährleistet werden.

Das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 26 S. 1 HS. 1 IPbpR beinhaltet, dass bestehende Gesetze auf alle Rechtsunterworfenen in gleicher Weise angewendet werden müssen und richtet sich damit nach dem Wortlaut lediglich an die Vollziehung und nicht an den Gesetzgeber.[75] Zu klären ist daher, wie sich die Garantie des gleichen Schutzes durch das Gesetz auswirkt.

Einige Autoren differenzieren auf völkerrechtlicher Ebene zwischen Gleichheit und Nichtdiskriminierung, so dass in der allgemeinen Gleichheitsgarantie nach Art. 26 S. 1 IPbpR lediglich eine Rechtsanwendungsgleichheit gesehen wird, während das Gebot der Nichtdiskrininierung nach Art. 26 S. 2 IPbpR auch den Gesetzgeber bindet.[76] Nach *Tomuschat* etwa enthält Art. 26 S. 1 IPbpR lediglich eine Rechtsanwendungsgleichheit.[77] Dieses Ergebnis begründet er zum einen mit der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung und zum anderen damit, dass die

---

[70] *Broeks v. Netherlands*, Yearbook of the Human Rights Committee 1987, Vol. II, S. 293; in beiden Fällen ging es um Differenzierungen aufgrund des Geschlechts im niederländischen Arbeitslosenversicherungsgesetz. Danach erhielten verheiratete Frauen nur dann Arbeitslosengeld, wenn sie nachweisen konnten, dass sie für den Lebensunterhalt der Familie verantwortlich sind, während dies bei verheirateten Männern nicht erforderlich war. Der Ausschuss stellte eine Verletzung des Art. 26 f IPbpR fest.

[71] *Zwaan-de Vries v. Netherlands*, Yearbook of the Human Rights Committee 1987, Vol. II, S. 300; UN-AMR, EuGRZ 1989, S. 35 ff. mit krit. Anm. *Tomuschat*.

[72] Bei dem Menschenrechtsausschuss handelt es sich um ein Vertragsorgan, dessen Aufgabe die Überwachung der Einhaltung der Paktgewährleistungen ist. Die Kontrolle erfolgt im Wesentlichen durch das Staatenberichtsverfahren, das Staatenbeschwerdeverfahren sowie das Mitteilungsverfahren, siehe dazu statt vieler *Brinkmeier,* Der allgemeine völkerrechtliche Diskriminierungsschutz, in: Klein (Hrsg.), Rassische Diskriminierung, S. 81 (97 f.).

[73] In früheren Entscheidungen hat der Menschenrechtsausschuss Art. 26 nur in Verbindung mit anderen Rechten des Paktes behandelt, *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 26, Rn. 19;

[74] General comment 18 (37), vom 9. November 1989, Official Records of the Human Rights Committee 1989/90, Vol. II, S. 377 (378, Rn. 12); kritisch zu den Entscheidungen der Menschenrechtskommission *Dupuy*, Equality under the 1966 Covenants and in the 1948 Declaration, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, S. 149 (154 ff.).

[75] *Nowak,* CCPR Commentary, Art. 26, Rn. 14.

[76] Siehe dazu *Nowak,* CCPR Commentary, Art. 26, Rn. 16 ff.; sowie *Nolte*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, S. 235 (238).

[77] *Tomuschat*, Equality and Non-Discrimination under the CCPR, in: Münch (Hrsg.), FS Schlochauer, S. 691 (695).

parallelen Nichtdiskriminierungsgarantien nur dann Sinn ergäben, wenn sie darüber hinaus auch den Gesetzgeber binden würden. Als Begründung für diese restriktive Auslegung des Art. 26 S. 1 IPbpR durch *Tomuschat* bringt *Nolte*[78] zum Ausdruck, dass damals die Sorge bestand, dass sich das Komitee „entweder übernimmt, wenn es den allgemeinen Gleichheitssatz auch gegenüber dem Gesetzgeber zur Geltung bringt, oder daß die praktisch so viel wichtigeren besonderen Diskriminierungsregeln einen relativen Bedeutungsverlust erleiden, wenn auch der allgemeine Gleichheitsgrundsatz gegenüber dem Gesetzgeber wirkt".

Herrschend ist jedoch die Sichtweise des Menschenrechtsausschusses, die im Falle des gleichen Schutzes durch das Gesetz nach Art. 26 S. 1 HS.1 IPbpR von einer Rechtssetzungsgleichheit ausgeht.[79] Es wird damit argumentiert, dass die grammatikalische sowie die logisch-systematische Interpretation des Art. 26 S. 1 IPbpR dafür spreche, auch den Gesetzgeber an die Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes zu binden.[80] Schließlich kann sie auch damit begründet werden, dass der allgemeine Gleichheitssatz im Zivilpakt sozusagen doppelt formuliert ist, also nicht nur die französische *égalité devant la loi*, sondern auch die amerikanische *equal protection of the laws* artikuliert.[81]

Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 26 S. 1 IPbpR bezeichnet somit den Anspruch auf rechtsgleiche Auslegung und Anwendung der Gesetze (Gleichheit in der Rechtsanwendung) sowie die inhaltiche Gleichheit des Gesetzes ohne Diskriminierung (Gleichheit in der Rechtssetzung).[82]

Geht man davon aus, dass gem. Art. 26 S. 1 HS. 2 IPbpR die Rechtssetzungsgleichheit gilt,[83] so handelt es sich bei der Unterscheidung zwischen dem Gleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot nach Art. 26 S. 2 IPbpR hinsichtlich der Bindung des Gesetzgebers um keine prinzipielle Differenz.[84] Die dogmatische Unterscheidung zwischen Gleichheit und Nichtdiskriminierung wirkt

---

[78] *Nolte*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, S. 235 (238).

[79] UN-AMR, EuGRZ 1989, S. 35 ff.; *Nowak*, CCPR Commentary, 1989, Art. 26, Rn. 16; *Hartwig*, Der Gleichheitssatz und die Universalisierung der Menschenrechte, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, S. 273 (279).

[80] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 26, Rn. 17.

[81] *Nolte*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, S. 235 (238).

[82] Vgl. *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, S. 391.

[83] Vgl. auch *Joseph/Schultz/Castan*, The International Covenant on Civil and Political Rights, S. 686.

[84] Siehe hierzu die Stellungnahme der Menschenrechtskommission in dem Fall Broeks (B 172/1984), para 13.: "The right to equality before the law and equal protection of the law without any discrimination does not make all differences of treatment discriminatory"; vgl. auch *Nolte*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, S. 235 (238).

sich insbesondere bei der Gewichtung des Unterscheidungsmerkmals aus. Der Sinn besteht dann darin, Wertungsfragen klar erkennbar werden zu lassen.[85] Folglich sind die Hürden, welche eine Ungleichbehandlung zu ihrer Rechtfertigung zu überwinden hat, umso höher, je eher diese auf einem der beispielsweise in den Artikeln 2 Abs. 1 und 26 Abs. 1 IPbpR namentlich genannten und für Diskriminierung besonders anfälligen Kriterien beruht.[86]

(4) Konkrete Verpflichtungen der Vertragsstaaten

Auch wenn bei Art. 26 IPbpR von einer Rechtssetzungsgleichheit ausgegangen wird, ist fraglich, ob sich diese Vorgabe auch auf die Verfassung selbst bezieht, oder lediglich an den Gesetzgeber gerichtet ist. Mit anderen Worten ist für den vorliegenden Fall von Interesse, ob sich aus dem IPbpR die Pflicht ergibt, den Gleichheitsgrundsatz im Sinne der Rechtssetzungsgleichheit in den nationalen Verfassungen der Vertragsstaaten aufzunehmen.

Grundsätzlich obliegt die innerstaatliche Durchführung der Verpflichtungen des Völkervertragsrechts den Vertragsstaaten, es sei denn, der Vertrag selbst schreibt spezifische Verhaltenspflichten vor.[87] Art. 2 Abs. 1 IPbpR verpflichtet die Vertragsstaaten, alle Rechte des Paktes zu achten und sie ihren Rechtsunterworfenen ohne Diskriminierung zu gewährleisten. Die Verpflichtung zur „Achtung" dieser Rechte hat in negatorischer Hinsicht zur Folge, dass die Vertragsstaaten Eingriffe in die Ausübung dieser Rechte, sofern solche nicht ausdrücklich erlaubt sind, unterlassen müssen.[88] Die Formulierung zur „Gewährleistung" bringt u.a. die Verpflichtung mit sich, entsprechende Gesetze zu erlassen.[89] Eine Verpflichtung auf Verfassungsebene liegt jedoch nicht vor. Auch nach Art. 2 Abs. 2 IPbpR müssen die Vertragsstaaten die erforderlichen Schritte zur Ergreifung legislativer und sonstiger Vorkehrungen treffen. Darin heisst es:

> *Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, im Einklang mit seinem verfassungsgemäßen Verfahren und mit den Bestimmungen dieses Paktes die erforderlichen Schritte zu unternehmen, um die gesetzgeberischen oder sonstigen Vorkehrungen zu treffen, die notwendig sind, um den in diesem Pakt anerkannten Rechten Wirksamkeit zu verleihen, soweit solche Vorkehrungen nicht bereits getroffen sind.*

---

[85] *Nolte*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung, S. 235 (252).
[86] *Tomuschat*, Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights, in: Münch (Hrsg.), Staatsrecht-Völkerrecht-Europarecht, FS Schlochauer, S. 691 (712 ff.).
[87] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 2, Rn. 53.
[88] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 2, Rn. 18.
[89] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 2, Rn. 19.

Aufgrund der vagen Formulierung unterscheiden sich jedoch diese Verhaltenspflichten kaum von bloßen Ergebnispflichten.[90] Demnach enthält der Zivilpakt keine explizite Vorgabe an die nationalen Verfassunggeber, eine Rechtssetzungsgleichheit einzuführen.

(5) Zwischenergebnis

Aus Art. 26 IPbpR ist die Pflicht der Vertragsstaaten zu entnehmen, dass Gesetze in inhaltlicher Sicht gleich sein müssen. Allerdings haben sich die Vertragsstaaten des Zivilpakts nicht dazu verpflichtet, diesen Grundsatz in ihren Staatsverfassungen aufzunehmen.

dd. CEDAW

(1) Allgemein

Das UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 wird als „Magna Charta" der Frauenrechte bezeichnet.[91] Es ist das wichtigste völkerrechtliche Menschenrechtsinstrument für Frauen[92] und ist 1981 in Kraft getreten. Afghanistan hat diese Konvention schon am 14. August 1980 unterzeichnet, ratifiziert wurde sie von der Interimsregierung unter Präsident *Hamid Karzai* am 05. März 2003.[93] Hingegen ist das am 22. Dezember 2000 in Kraft getretene ergänzende Fakultativprotokoll, das es ermöglicht, gegen die Vertragsstaaten, die dieses Protokoll ausdrücklich akzeptieren, Individualbeschwerde- und Untersuchungsverfahren durchzuführen,[94] nicht von Afghanistan unterzeichnet worden. Für die Durchsetzung der Anwendung dieser Konvention ist der UN-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung

[90] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 2, Rn. 53.

[91] Zur inhaltichen Darstellung des Übereinkommens *Schöpp-Schilling*, Bedeutung und Auswirkungen des Frauenrechtsübereinkommens, in: Eckart Klein (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), S. 13 ff.; zu den Zielen und Mitteln des CEDAW Übereinkommens siehe *König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), ZESAR 2004, S. 214 ff.

[92] *Schöpp-Schilling*, Bedeutung und Auswirkungen des Frauenrechtsübereinkommens, in: Klein (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), S. 13 (14).

[93] Verwunderlich ist, dass die Ratifikation dieser Konvention auf der Homepage des afghanischen Justizministeriums nicht erwähnt wird; siehe die Liste der von Afghanistan unterzeichneten Menschenrechtsverträge auf Dari auf der Webseite des afghanischen Justizministeriums : www.moj.gov.af/?lang=da&p=lable61, zuletzt aufgerufen am 10. Februar 2011.

[94] Optional Protocol on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, im internet aufrufbar unter www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/text.htm, zuletzt aufgerufen am 19. September 2010, dazu *Hübner*, Die Mechanismen zur Durchsetzung von Frauenrechten im Rahmen der CEDAW und ihres Fakultativprotokolls, S. 163 ff.

der Frauen[95] als vertragliches Überwachungsorgan zuständig.[96] Dieser prüft nach Art. 20 Abs. 1 CEDAW die Berichte der Vertragsstaaten, die diese periodisch vorlegen müssen.[97] Afghanistan hat bisher noch keinen Bericht vorgelegt.[98]

Ein wichtiges Ziel des Übereinkommens bestand darin, die in den zuvor genannten Konventionen verstreuten Diskriminierungsverbote[99] in einer Konvention zusammenzufassen und zu erweitern.[100] Insbesondere ist das Diskriminierungsverbot als selbständiges Recht anerkannt. Darüber hinaus enthält es nicht nur Postulate der Gleichberechtigung der Geschlechter, sondern berücksichtigt Menschenrechtsverletzungen, von denen typischerweise Frauen betroffen sind.[101] Zudem erkennen die Mitgliedstaaten an, dass allein die rechtliche Gleichstellung nicht genügt, um eine tatsächliche Gleichstellung zu erreichen, sondern es erforderlich ist, dass diese Rechte auch tatsächlich wahrgenommen werden können.[102] Die Konvention zeigt daher einen dreifachen Ansatz: Nichtdiskriminierung, Schutz von Frauen und Förderung von Frauen.[103]

Das Übereinkommen ist in drei Teile geteilt: Der erste Teil (Art. 1-6) enthält allgemeine Verpflichtungen, im zweiten Teil werden die Diskriminierungsverbote für konkrete Lebensbereiche bestimmt (Art. 7-16) und der dritte Teil regelt die Überwachung der Verpflichtungen durch den CEDAW-Ausschuss (Art. 17-22).

Die Rechtsverbindlichkeit des Paktes wurde überwiegend vor der Verabschiedung des Fakultativprotokolls abgelehnt.[104] Begründet wurde diese Ansicht damit, dass die Vertragsbestimmungen sehr offen und vage formuliert seien und dass die

---

[95] Im Folgenden wird der Begriff CEDAW-Ausschuss verwendet.
[96] Art. 17 CEDAW.
[97] Art. 18 CEDAW.
[98] Auf der Afghanistan-Konferenz in London vom 31. Januar bis 1. Februar 2006 haben sich die afghanische Regierung und die internationale Gemeinschaft u.a. darauf geeinigt, dass bis Ende 2010 “the Government´s capacity to comply with and report on its human rights treaty obligations will be strengthened“, Afghanistan Compact, Annex 1, S. 8, im Internet www.nato.int/isaf/docu/epub/pdf/afgannistan_compact.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Februar 2011.
[99] Das Übereinkommen besteht aus 16 „substantiellen Diskriminierungsverboten“.
[100] *König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), ZESAR 2004, S. 214; *Körner*, Völkerrechtlicher Schutz vor Diskriminierung im CEDAW Übereinkommen der Vereinten Nationen, ZRP 2005, S. 223.
[101] *Hübner*, Die Mechanismen zur Durchsetzung von Frauenrechten im Rahmen der CEDAW und ihres Fakultativprotokolls, in: S. v. Schorlemer (Hrsg.), Die Vereinten Nationen und neuere Entwicklungen der Frauenrechte, S. 163 (164).
[102] *Hübner*, Die Mechanismen zur Durchsetzung von Frauenrechten im Rahmen der CEDAW und ihres Fakultativprotokolls, in: S. v. Schorlemer (Hrsg.), Die Vereinten Nationen und neuere Entwicklungen der Frauenrechte, S. 163 (164).
[103] *Schöpp-Schilling*, CEDAW nach 25 Jahren, in: Zimmermann/Giegerich (Hrsg.), Gender und Internationales Recht, S. 137 (141).
[104] Im Folgenden *Delbrück*, Konvention zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau, in: Münch (Hrsg.) FS Schlochauer, S. 247 (262).

Vertragsstaaten überwiegend lediglich zur „Ergreifung geeigneter Maßnahmen" verpflichtet worden seien. Mittlerweile erkennt die rechtliche Diskussion, insbesondere aufgrund der Kommentierungen des CEDAW-Ausschusses, den rechtsverbindlichen Charakter der vertragsstaatlichen Verpflichtungen und ihre Justiziabilität an.[105]

(2) Der Grundsatz der Gleichberechtigung nach Art. 2 lit. a) CEDAW

Hinsichtlich der Verfassungen der Mitgliedstaaten stellt Art. 2 lit. a) CEDAW zur Vermeidung jeder Form der Diskriminierung der Frau konkrete Anforderungen:

Die Vertragsstaaten … verpflichten sich …,

a) den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau in ihre Staatsverfassung[106] *oder in andere geeignete Rechtsvorschriften aufzunehmen, sofern sie dies noch nicht getan haben, und durch gesetzgeberische und sonstige Maßnahmen für die tatsächliche Verwirklichung dieses Grundsatzes zu sorgen;*

Folglich ist zu klären, was genau unter dem Begriff der „Gleichberechtigung" nach dem CEDAW-Abkommen zu verstehen ist und insbesondere ob auch das Erfordernis der Rechtssetzungsgleichheit davon erfasst ist. Grundsätzlich wird zwischen dem formalen und dem materialen Gleichheitsbegriff unterschieden:[107] Der formale Gleichheitsbegriff erfordert, dass Frauen und Männer von der Rechtsordnung die gleichen Rechte eingeräumt und dass sie von staatlichen Institutionen in gleicher Weise behandelt werden müssen. Dazu gehört auch der Grundsatz der Rechtssetzungsgleichheit. Der materiale Gleichheitsbegriff basiert darauf, die in der Gesellschaft vorzufindende ungleiche Verteilung von Chancen und Begünstigungen auszugleichen.[108] Im vorliegenden Zusammenhang ist es ausreichend, wenn es sich hierbei um einen formalen Gleichheitsbegriff handelt.

Die Präambel, die zur Interpretation heranzuziehen ist, bestärkt die Annahme einer Rechtssetzungsgleichheit. Insbesondere wird das Ziel der „Verwirklichung der vollen Gleichberechtigung von Mann und Frau" genannt. Dieses Ziel lässt auf einen – über den formalen Gleichheitsbegriff hinausgehenden – materialen Gleichheitsbegriff schließen, der nicht nur der rechtlichen, sondern auch der gesellschaftlichen Wirklichkeit Rechnung trägt und die Gleichstellung der Geschlechter verwirklichen will.[109] Um die faktische Angleichung der Lebensver-

---

[105] *Schöpp-Schilling*, Effektivität der CEDAW, Die Friedenswarte 74 (1999), S. 204 ff.

[106] Hervorhebung durch die Verfasserin.

[107] *König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), ZESAR 2004, S. 214 (215).

[108] *König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), ZESAR 2004, S. 214 (215).

[109] *König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), ZESAR 2004, S. 214 (216).

hältnisse von Frauen und Männern zu verwirklichen, enthält das CEDAW-Übereinkommen umfangreiche Diskriminierungsverbote. Aber auch allein der Umfang der Verpflichtungen der Vertragsstaaten, den Art. 2 CEDAW vorgibt, kann ohne das Vorliegen einer Rechtssetzungsgleichheit nicht durchgesetzt werden: Der Vertragsstaat hat gesetzgeberische und sonstige Maßnahmen für die tatsächliche Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung zu treffen (Art. 2 lit. a) HS. 2 CEDAW). Diskriminierungen sollen, wenn nötig, durch Sanktionen verhindert werden (Art. 2 lit. b) CEDAW). Alle diskriminierenden Gesetze und Bräuche sind aufzuheben (Art. 2 lit. f) CEDAW). Überdies trifft den Staat die Pflicht, selbst jegliche diskriminierenden Handlungen oder Praktiken zu unterlassen (Art. 2 lit. d) CEDAW). Den Staat trifft auch eine Schutzpflicht diskriminierende Maßnahmen Privater zu beseitigen (Art. 2 lit. f) CEDAW). Damit ist von Art. 2 Abs. 1 lit. a) CEDAW in jedem Falle das Erfordernis der Rechtssetzungsgleichheit erfasst. Den umfangreichen Schutz der Frau gewährleistend, beinhaltet der in Art. 2 Abs. 1 lit. a) CEDAW verwendete Begriff der „Gleichberechtigung“ in jedem Falle die Rechtssetzungsgleichheit.

(3) Konkrete Verpflichtungen der Vertragsstaaten

Bei der Überprüfung, ob vom Staat die bereits ergriffenen Maßnahmen vorliegen, wird den Vertragsstaaten von internationalen Gerichten und Expertengremien ein weiter Einschätzungsspielraum (“margin of appreciation“) gewährt.[110] Im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 lit a) CEDAW hat Afghanistan nicht nur die völkerrechtliche Pflicht übernommen, gesetzgeberisch und auf der Ebene von Verwaltung und Rechtsprechung tätig zu werden, es hat darüber hinaus auch die verfassungsrechtliche Gleichstellung zu konstituieren. Trotz seines Einschätzungsspielraums hat Afghanistan die Pflicht, Art. 22 Abs. 2 AfgVerf völkerrechtsfreundlich auszulegen, so dass Art. 22 Abs. 2 AfgVerf im Sinne einer Rechtssetzungsgleichheit zu interpretieren ist.

[110] Siehe dazu *Cook*, State Accountability under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, in: dies. (Hrsg.), Human Rights of Women, S. 228 (232 f.).

(4) Zwischenergebnis

Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) CEDAW verpflichten sich die Vertragsstaaten die Rechtssetzungsgleichheit in ihren Verfassungen zu konstituieren.

ee. Zwischenergebnis: Gleichheit als Rechtssetzungsgleichheit

Die hier behandelten Menschenrechtskonventionen, die UN-Charta sowie die AEMR fordern alle die Gleichberechtigung der Geschlechter, unterscheiden sich jedoch an dem Grad der Anordnungen diesbezüglich gegenüber den Vertragsstaaten. Während Art. 7 AEMR den gleichen Schutz durch das Gesetz verlangt, fehlt es an der Rechtsverbindlichkeit des Gesamtwerks für die Vertragsstaaten. Hingegen sind die Bestimmungen der UN-Charta zu unbestimmt, um daraus die konkrete Verpflichtung des Staates zur Konstituierung der Rechtssetzungsgleichheit ableiten zu können. In Art. 26 IPbpR haben sich die Vertragsstaaten zur Gleichheit des Gesetzes selbst verpflichtet, so dass das Gesetz grundsätzlich nicht diskriminierend sein darf. Allerdings gehen die Verpflichtungen des Pakts nicht so weit, diesen Grundsatz oder entsprechende Regelungen in den nationalen Staatsverfassungen aufzunehmen. Daher bringt die Frauenrechtskonvention auch hinsichtlich dieses Aspekts Fortschritte mit sich, als sie in Art. 2 lit. a) CEDAW die Vertragsstaaten verpflichtet, den Grundsatz der Gleichberechtigung von Frau und Mann in ihre Staatsverfassungen aufzunehmen. Der Begriff der Gleichberechtigung in der Konvention umfasst als Bestandteil der formalen Gleichberechtigung die Rechtssetzungsgleichheit. Im Lichte dieser Verpflichtung Afghanistans ist Art. 22 Abs. 2 AfgVerf dahingehend auszulegen, dass davon auch die Rechtssetzungsgleichheit erfasst ist.

g. Die Rechtssetzungsgleichheit – ein Verstoß gegen das islamische Recht?

Im Lichte der islamkompatiblen Auslegung der afghanischen Verfassung ist nunmehr zu untersuchen, ob eine Auslegung des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf im Sinne einer Rechtssetzungsgleichheit mit der *šarīʿa* zu vereinbaren ist. Dazu ist eine zweistufige Prüfung vorzunehmen: In erster Linie ist zu klären, ob und inwieweit dem Gesetzgeber im islamischen Recht eine selbständige Regelungskompetenz zusteht. Im Anschluss daran ist in materiellrechtlicher Hinsicht zu prüfen, ob der Gesetzgeber gleiches Recht mit Blick auf die gesetzliche Gleichberechtigung der Geschlechter erlassen darf. Zunächst soll das klassische islamische Recht, d.h. dasjenige Recht, das aus den islamischen Rechtsquellen hervorgeht und von den Rechtsschulen entwickelt wurde,[111] vorgestellt werden. Aufgrund des darin enthaltenen Pluralismus und seiner vielfältigen Interpretationsmöglichkeiten ist

[111] Vgl. *Büchler*, Das islamische Familienrecht, S. 53.

das islamische Recht nicht als monolithische Einheit zu verstehen.[112] Im Hinblick auf die Geschlechter spielen insbesondere liberale moderne Auslegungen im Rahmen des islamischen Rechts eine Rolle. Auf diese Möglichkeit soll im Folgenden als Chance zu einer zeitgemäßen Auslegung der *šarī`a* verwiesen werden. Anhand ihrer soll dargestellt werden, ob eine Gleichberechtigung der Geschlechter möglich ist.

aa. Eingeschränkte Regelungskompetenz des weltlichen Gesetzgebers

Das klassische islamische Recht sieht Gott als Souverän und höchsten Gesetzgeber an. Nach diesem System, das Regeln von absoluter und ewiger Gültigkeit besitzt, kann bestimmtes Recht von keiner gesetzgebenden Behörde ersetzt oder verändert werden.[113] Folglich stellt sich die Frage, ob dem weltlichen Gesetzgeber angesichts in der *šarī`a* vorhandener Vorschriften überhaupt noch eine Regelungskompetenz zusteht.[114] Grundsätzlich hat nach der *šarī`a* der Mensch, die von Gott aufgetragenen Gesetze zu vollziehen, während Gott der alleinige Gesetzgeber ist.[115] Daher ist eigentlich die Institution des weltlichen Gesetzgebers dem islamischen Recht fremd.[116] Allerdings bedürfen die göttlichen Rechtsnormen bei der Rechtspositivierung einer Interpretation, so dass die Zuweisung der alleinigen Rechtssetzungskompetenz nur theoretischer Natur ist.[117] Darüber hinaus steht nach Ansicht der *šarī`a* -Rechtsgelehrten dem weltlichen Herrscher die Kompetenz zum Erlass von Rechtssätzen im Bereich der Verwaltung, die sog. „*siyāsa*-Kompetenz", zu.[118] „*siyāsa*" bedeutet im wörtlichen Sinne „Politik" und steht im Gegensatz zum göttlichen Recht unter der Leitung des Souveräns.[119] Hierbei handelt es sich um das Recht des Herrschers, das Gemeinwesen zum Wohle der Gesellschaft zu lenken.[120] Diese Lehre gibt dem Staat das Recht, solche administrativen Schritte zu unternehmen, die im öffentlichen Interesse sind, sofern dabei die wesentlichen Regelungen der *šarī`a* nicht verletzt werden.[121] Insbesondere

[112] Vgl. *Ali*, Gender and Human Rights, S. 3; *Benda-Beckmann/Benda-Beckmann*, Adat, Islam und Staat, in: Kemper/Reinkowski (Hrsg.), Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 89 (102); *Ebert,* Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 199 (200); *Ernst*, Mohammed Folgen, S. 237.
[113] *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 27.
[114] *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, Das Standesamt 2001, S. 193 (200).
[115] Vgl. *Layish*, The Transformation of the *Shari`a* from Jurists`law to statutory law, Die Welt des Islams 44, 2004, S. 85 (88).
[116] *Layish*, The Transformation of the *Shari`a* from Jurists`law to statutory law, Die Welt des Islams 44, 2004, S. 85 (88).
[117] Vgl. *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (200).
[118] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 182; *Layish*, The Transformation of the *Shari`a* from Jurists`law to statutory law, Die Welt des Islams 44, 2004, S. 85 (86).
[119] *Schacht*, Introduction to Islamic Law, S. 54.
[120] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 73.
[121] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 73 f.

verfahrensrechtliche Regelungen wie die Gerichtszuständigkeit oder die Registrierung von Geburten, Eheschließungen und Todesfälle können auf Grundlage dieser Kompetenz erlassen werden.[122]

Die Debatte um Prinzip und Träger der Souveränität im islamischen Staat hat einen ausschlaggebenden Anstoß durch den pakistanischen Islamisten *Maudūdī* (1903-1979) und den ägyptischen Islamisten *Sayyid Quṭub* (1906-1966) und ihre Anhänger erfahren.[123] Diese sehen in Gott den alleinigen Träger der Souveränität, so dass ihm die alleinige Urteils- und Befehlsgewalt zukomme. Folglich wird jeglicher Versuch von Menschen, Gesetze zu erlassen, als illegitim und Zeichen von Vielgötterei gesehen. Der Mensch habe lediglich das Recht, Gesetze anzuwenden. Eigene Deutungen könnten lediglich im Falle von Konkretisierungen zum Tragen kommen.

In der wissenschaftlichen Literatur wird unterschiedlich über die Frage nach der „Positivierungsfähigkeit" des islamischen Rechts durch seine Kodifizierung diskutiert: Einige Autoren sehen grundsätzlich einen Widerspruch zwischen dem islamischen Recht als göttlich gesetztes Recht auf der einen und der selektiven Kodifizierung seiner Bestimmungen im Rahmen einer nationalstaatlichen Ordnung des Gesetzesrechts auf der anderen Seite.[124] Auch die kodifizierten Reformen seien keine wirkliche Weiterentwicklung des islamischen Rechts.[125] Das sei nur dann möglich, wenn Rechtsreformen nach Maßstab systematisch zu begründender, allgemeinerer islamischer Prinzipien durchgeführt würden.[126] *Aharon Layish* sieht in der Kodifizierung des islamischen Rechts einen Identitätsverlust der orthodoxen *šarī`a*.[127] Eine gesetzgebende Kompetenz sei dem klassischen islamischen Recht fremd.[128] Gesetzgebende Reformen könnten nicht als Reformen innerhalb des islamischen Rechts gesehen werden, da das Parlament nicht berechtigt sei die *šarī`a* anzuwenden. Durch den Wegfall der Interpretationskompetenz der klassischen Rechtsgelehrten und der Abschaffung der *šarī`a* -Gerichte würde die *šarī`a* säkularisiert werden. Der Säkularisierungsprozess werde dadurch bestärkt, dass sich die *šarī`a* durch den Prozess der Kodifizierung von der religiösen Literatur lösen würde.[129] Dieser Prozess sei nicht Resultat einer

---

[122] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 73.

[123] Im Folgenden *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in:Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (156).

[124] *Schacht*, Modern Islamic Legislation, Studia Islamica 1960, S. 99 ff.; *Layish*, The Transformation of the *Shari`a* from Jurists` law to statutory law, Die Welt des Islams 2004, S. 85 (88).

[125] *Schacht*, Modern Islamic Legislation, Studia Islamica 1960, S. 99 ff.

[126] *Schacht*, Modern Islamic Legislation, Studia Islamica 1960, S. 99 ff.

[127] *Layish*, The Transformation of the *Shari`a* from Jurists`law to statutory law, Die Welt des Islams 2004, S. 85 ff.

[128] *Layish*, The Transformation of the *Shari`a* from Jurists`law to statutory law, Die Welt des Islams 2004, S. 85 (88).

[129] *Layish*, The Transformation of the *Shari`a* from Jurists`law to statutory law, Die Welt des Islams 2004, S. 85 (96).

innerislamischen Reform, sondern hätte sozio-ökonomische und politische Gründe.[130]

Andere Autoren betonen gerade die vielen Möglichkeiten, einzelne islamrechtliche Methoden und Konzepte auf die Gesetzesebene zu übertragen, um mit ihrer Hilfe auch Reformen des traditionellen Rechts islamisch begründen zu können.[131] Diese Selektivierung des Rechts stelle auch nicht automatisch einen Bruch mit dem islamischem Recht dar.[132] Die Regelungskompetenz des Gesetzgebers wird von einem muslimischen Rechtsgelehrten wie folgt beschrieben:

> *Without in any way trespasssing upon the function reserved exclusively for God of making law, the need has existed and remains for a temporal authority which understands or interprets Divine law or elaborates its details. This is so because of the shari`a states a principle simpliciter and leaves it to human beings to work out the legal details and regulations that flow from the principle. Or, shari`a may specifically release to the sphere of human reason and understanding the setting up of regulations in certain matters. Then again, the very existence of different schools of Islamic law shows that a great deal of Islamic law is interpretative and derivative from shari`a in nature, and that for such interpretation, derivation and elaboration a legislative temporal authority should be identifiable, which authority would be in pari materia with the legislative branch of the constitutional state of contemporary political science.*[133]

Die Kodifizierung wird daher vielmehr als Interpretation und Konkretisierung der *šarī`a* verstanden. In der Praxis der muslimischen Staaten scheint der in der wissenschaftlichen Literatur dargestellte Charakter des islamischen Rechts nicht zum Problem zu werden.[134] Die Festlegung konkreter gesetzlicher Regelungen auf der Grundlage der vielen einzelnen Rechtsmeinungen stellt die Jurisprudenz in den islamischen Staaten vor große Herausforderungen, denn es ist zu klären, welche Meinung welcher Rechtsschule und aus welcher Zeit für verbindlich zu

---

[130] *Layish*, The Transformation of the *Shari`a* from Jurists`law to statutory law, Die Welt des Islams 2004, S. 85 (97 u. 99).

[131] *Anderson*, Islamic Law Today, Arab Law Quarterly 1987, S. 339 ff; *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 78; *Ebert,* Tendenzen der Rechtsentwicklung, in:Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 199 (203 f.); *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in:Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (164).

[132] *Dennerlein*, Islamisches Recht, S. 239.

[133] *Faruki*, Evolution of Islamic Constitutional Theory and Practice, S. 4, zitiert nach *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 78.

[134] Nur in einigen wenigen Ländern, zu denen auch Saudi-Arabien gehört, wurde die *šarī`a* noch nicht kodifiziert, *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (164); siehe zum kodifizierten Recht islamischer Länder unter vielen *Ebert,* Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Ende/Steinbach, Der Islam in der Gegenwart, S. 199 ff.

erklären ist.[135] Insbesondere in der Materie, in der die Normen der *šarī`a* interpretierbar sind, bleibt dem Gesetzgeber Raum für eine eigene Interpretation. *Ali* spricht in diesem Zusammenhang vom „operativen" islamischen Recht.[136]

Die Positivierung des islamischen Rechts in Form der Kodifizierung kann folglich als Ausdruck der Entwicklungs- und Anpassungsfähigkeit des islamischen Rechts interpretiert werden. Die Anerkennung des göttlichen Charakters der *šarī`a* bedeutet nach der hier vertretenen Auffassung nicht gleichzeitig den Verzicht auf eine nationale Gesetzgebung.[137] Daher steht dem weltlichen Gesetzgeber die Aufgabe der Konkretisierung durch eine Kodifizierung zu. Damit weicht eine Kodifizierung nicht vom islamischen Recht ab, sofern es sich um ein konkretisierendes oder interpretierendes Gesetz handelt. Das islamische Recht bietet demnach einen gewissen Rahmen, der die Freiheit des Gesetzgebers einschränkt.[138] Darüber hinaus ist eine Kodifizierung in Bereichen, die nicht in der *šarī`a* geregelt sind, möglich. Sowohl für islamische Rechtsnormen als auch für religiöse Gebote gelten zwei gemeinsame Grund-sätze: Zum einen ist alles nicht Verbotene erlaubt und zum anderen besteht keine Verpflichtung ohne besondere Anordnung.[139] Allerdings ist es auch nicht möglich, das nach islamischem Recht Erlaubte zu verbieten.[140] Dieser fortgeltende Grundsatz bietet die Grundlage für die Gesetzgebung im Hinblick auf die Rechtssetzungsgleichheit. Damit darf der Gesetzgeber Frauen rechtlich nur gleichstellen, wenn auch das islamische Recht keine Differenzierung vorsieht. Mithin hat der Gesetzgeber in dieser Hinsicht eine eingeschränkte Regelungskompetenz. Im afghanischen Verfassungskontext bedeutet es für den Gesetzgeber, sich bei Erlass von Rechtsnormen an die Vorgaben des Art. 3 AfgVerf zu halten, mit der Folge, dass kein Gesetz gegen die *šarī`a* verstoßen darf. Dadurch wird der afghanische Gesetzgeber insoweit in seiner Souveränität eingeschränkt. Allerdings ist die Rechtsquelle des afghanischen Gesetzgebers aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht nur auf das islamische Recht beschränkt. Solange kein Verstoß gegen Art. 3 AfgVerf vorliegt, darf er sich auch anderer Rechtsquellen bedienen.

[135] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 69.
[136] *Ali*, Gender and Human Rights, S. 90.
[137] *Ebert*, Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 199.
[138] *Ebert*, Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Ende/Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 199.
[139] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 43.
[140] Vgl. *Rohe*, Das islamische Recht, S. 220.

bb. Die Stellung der Frau im vorislamischen Arabien

Die Stellung der Frau im klassischen islamischen Recht ist in ihrem Zusammenhang mit der Situation der Frau im vorislamischen Arabien zu verstehen, denn keiner Religion bzw. Revolution ist es gelungen alle zuvor herrschenden Sitten und Bräuche abzuschaffen.[141] Problematisch ist jedoch, dass vorislamische Sitten und Bräuche aus der Perspektive der neu entstandenen Religion betrachtet wurden.[142] Daher kommt es oftmals zu unzuverlässigen, lückenhaften und sich widersprechenden Aussagen.[143] Ein Vergleich zum vorislamischen Arabien scheint jedoch aus der Perspektive des Verständnisses der Absicht des Islams gegenüber Frauen notwendig: Beabsichtigte er eine Hierachisierung der Geschlechter oder war es seine Intention, den Status der Frauen zu verbessern?[144] Hierbei begegnen sich zwei gegensätzliche Positionen, nämlich die ApologetInnen des Islams auf der einen Seite, die damit argumentieren der Islam habe zahlreiche Verbesserungen hinsichtlich der rechtlichen und gesellschaftlichen Situation der Frauen gebracht und Gegenpositionen auf der anderen Seite, die sich darauf berufen, dass die Stellung der Frau im vorislamischen Arabiens besser gewesen wäre.[145]

Im Folgenden sollen Argumente der jeweiligen Positionen dargestellt werden, ohne jedoch Partei für die eine oder andere Argumentationsweise zu ergreifen, da aufgrund der schlechten Quellenlage zu dieser Zeit eine authentische Darstellung der tatsächlichen Gegebenheiten nicht möglich ist.[146]

In den islamischen Überlieferungen wird die Zeit vor Mohammed als „Zeit der Unwissenheit“ bezeichnet und bezieht sich auf die Zeit vor der göttlichen Offenbarung.[147] Muslimische Autoren stützen ihre Aussagen insbesondere auf den *qur`ān* und die *hadīṯe*. [148] Es wird argumentiert, die Einführung des islamischen Rechts habe im Vergleich zu den Verhältnissen im vorislamischen Arabien zu Verbesserung der Situation von Frauen geführt.[149] Beispielsweise seien Frauen in der vorislamischen Zeit in Anbetracht der knappen Ressourcen als eine Last angesehen worden. Das weibliche Geschlecht sei grundsätzlich rechtlich erheblich benachteiligt gewesen und hätte lediglich ein eingeschränktes Selbstbestimmungs-

---

[141] Vgl. *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 20; siehe auch *Ali*, Gender and Human Rights in Islam and International Law, S. 44.

[142] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 17; *Schah*, Women, the Koran and International Human Rights Law, S. 28.

[143] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 17.

[144] Vgl. *Schah*, Women, the Koran and International Human Rights Law, S. 27.

[145] *Schah*, Women, the Koran and International Human Rights Law, S. 27. *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 16.

[146] Vgl. *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 15 ff.

[147] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 17.

[148] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 18.

[149] *Abiad*, Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations, S. 6 f; *Mashhour*, Islamic Law and Gender Equality, Human Rights Quarterly 2005, S. 562 (588).

recht besessen:[150] So sei es möglich gewesen eine Frau gegen ihren Willen zu verheiraten, sie hätte kein Erbrecht besessen und hätte eigentumsähnlich erworben werden.[151] Sie seien ihren Vätern und später ihren Männern unterworfen gewesen.[152] *Fyzee* fasst das Bild der damaligen Frau wie folgt zusammen:

> *The position of women at the time of Prophet Muhammed was no better than that of animals: they had no legal rights; in youth they were the goods and chattels of the father; after marriage the husband became their lord and master. Polygamy was universal, divorce was easy and female infanticide was common.*[153]

Andere argumentieren damit, dass die Islamisierung zumindest eine erstmalige Vereinheitlichung und Normierung von Frauenrechten mit sich brachte:[154] Die Tötung von Mädchen wurde im *qur`ān* verboten (81:8).[155] Ferner wurde verboten, die Ehefrau nach dem Tod ihres Mannes gegen ihren Willen mit dem Bruder des Verstorbenen zu verheiraten (4:19). Die schon im vorislamischen Arabien praktizierte Polygamie wurde modifiziert, sodass die Höchstzahl der Ehefrauen auf vier beschränkt wurde (4:3). Der vorher nicht erbberechtigten Frau wurde ein beschränktes Erbrecht zugebilligt (4:11 und 4:12).

Die Persönlichkeit der ersten Frau *Mohammeds*, *Khadija*, scheint jedoch nicht zu diesem Bilde zu passen.[156] Bei ihr handelte es sich um eine unabhängige und reiche Kauffrau, die mit *Mohammed* einen jüngeren Ehemann ehelichte.[157]Aufgrund ihrer finanziellen Unabhängigkeit war sie gesellschaftlich in der Lage, ihren Mann selbst zu wählen.[158] Andere Autoren argumentieren in diesem Zusammenhang, daher der Islam habe die Frauen ihrer damaligen Freiheiten beraubt. [159]

Wie auch immer man die Entwicklung von der vorislamischen Zeit hin zur islamisch geprägten Gesellschaft bewertet, so bleibt doch festzuhalten, dass der *qur`ān* jedenfalls auch Regelungen enthält, die Frauen diskriminieren. Dass die Religion des Islam im damaligen Arabien die Diskriminierung der Frau aus heutiger Sicht nicht vollständig beseitigt hat, soll daher im folgenden Abschnitt thematisiert werden.

---

[150] Vgl. *Engineer,* The Rights of Women in Islam, S. 20.
[151] *Schirrmacher/Spuler-Stegmann,* Frauen und die Scharia, S. 70.
[152] *Abiad*, Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations, S. 7.
[153] *Fyzee,* Outlines of Mohammedan Law, S. 5.
[154]*Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 36 f.; vgl. auch *Esposito/DeLong-Bas,* Women in Muslim Family Law, S. 14.
[155] *Esposito/DeLong-Bas,* Women in Muslim Family Law, S. 13.
[156] Vgl. *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 13.
[157]Vgl. *Schah*, Women, the Koran and International Human Rights Law, S. 28.
[158] *Schneider,* Der Islam und die Frauen, S. 20.
[159] Siehe dazu *Schah*, Women, the Koran and International Human Rights Law, S. 27.

cc. Auswahl diskriminierender Regelungen im klassischen islamischen Recht

Vorliegend soll nicht der Versuch unternommen werden, das Frauenbild im Islam sowohl in rechtlicher als auch in spiritueller Sicht umfassend darzustellen, denn nicht zuletzt durch den im Islam existierenden Pluralismus ist die Stellung der Frau im Islam ein sehr komplexes Thema. Ein solcher Anspruch würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Diesbezüglich wird auf die entsprechende Literatur verwiesen.[160] Ziel dieser Untersuchung ist es, rechtliche Ungleichbehandlungen der Frau aus heutiger Sicht im klassischen islamischen Recht zu betrachten,[161] um so Problemfelder mit Blick auf eine Rechtssetzungsgleichheit diskutieren zu können.

Die rechtliche Ungleichbehandlung der Geschlechter wird auf mehrere Verse im *qur`ān* zurückgeführt, etwa die familien- und erbrechtliche Stellung der Frau oder ihre Eignung zum gerichtlichen Zeugnis.[162] Exemplarisch werden im Regelungen zur Polygamie, dem Erbrecht und dem Scheidungsrecht in ihrem traditionellen Verständnis vorgestellt. Da das Scheidungsrecht auch im 4. Kapitel dieser Arbeit behandelt wird, sollen seine Regelungen schon vorab detaillierter dargestellt werden. Aber auch Vers 4:34, der eine zentrale Rolle mit Blick auf die Diskriminierung der Frau spielt, wird behandelt. Im Folgenden werden daher lediglich die Regelungen des klassischen islamischen Rechts bezüglich dieser Thematiken ohne eine eigene Wertung dargestellt. Daran anschließend wird anhand einer reformorientierten Auslegung des islamischen Rechts veranschaulicht, dass argumentative Möglichkeiten bestehen, die diskriminierende Wirkung dieser Regelungen zu relativieren.

(1) Diskriminierung durch das Recht auf Polygamie

Die Polygamie wird im Vers 4:3 sowie 4:129 behandelt. Vers 4:3 lautet wie folgt:

> *Und wenn ihr fürchtet, in Sachen der (eurer Obhut anvertrauten weiblichen) Waisen nicht recht zu tun, dann heiratet, was euch an Frauen gut ansteht (oder: beliebt?), (ein jeder) zwei, drei oder vier. Wenn ihr aber fürchtet, (so viele) nicht gerecht zu (be)handeln, dann (nur) eine, oder was ihr (an Sklavinnen) besitzt! So könnt ihr am ehesten vermeiden, Unrecht zu tun.*

Vers 4:129 lautet wie folgt:

> *Und ihr werdet die Frauen (die ihr zu gleicher Zeit als Ehefrauen habt) nicht (wirklich) gerecht behandeln können, ihr mögt noch so sehr darauf aus sein. Aber vernachlässigt*

---

[160] Etwa *Ali*, Gender and Human Rights; *Schneider,* Der Islam und die Frauen; *Welchman,* Women`s Rights and Islamic Family Law.

[161] Zum Nichtdiskriminierungskonzept im islamischen Recht siehe *Ali*, Gender and Human Rights, S. 50 ff; vgl. auch *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 89 ff.

[162] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 199.

> *nicht (eine der Frauen) völlig, so daß ihr sie gleichsam in der Schwebe laßt! Und wenn ihr euch (auf einen Ausgleich) einigt und gottesfürchtig seid (ist es gut). Gott ist barmherzig und bereit zu vergeben (oder: Aber wenn ihr euch bessert und gottesfürchtig seid, ist Gott barmherzig und bereit zu vergeben).*

In der traditionellen Sicht wird hieraus die Polygamie in rechtlicher Hinsicht legitimiert, wobei die Aussage „wenn ihr aber fürchtet, (so viele) nicht gerecht zu (be)handeln…" traditionell als moralische Empfehlung, aber nicht als rechtliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Ehefrauen gesehen wurde.[163] Konservative muslimische Juristen begründen diese Regelung mit dem stärkeren sexuellen Trieb des männlichen Geschlechts.[164]

(2) Diskriminierung im Scheidungsrecht

Das klassische islamische Recht kennt mehrere Arten der Auflösung ehelicher Rechtsbeziehungen.[165] Dabei ist zwischen dem Scheidungsrecht des Mannes und der Scheidungsmöglichkeit für die Frau zu differenzieren. Schließlich existiert die Form der automatischen Auflösung der Ehe durch Religionswechsel des Mannes. Zu zahlreichen Einzelfragen bestehen auch innerhalb der jeweiligen Rechtsschulen verschiedene Auffassungen.[166] Sowohl klassische als auch moderne Autoren verweisen darauf, dass die Scheidung im Islam zwar erlaubt, jedoch grundsätzlich missbilligt (*makrūh*) sei.[167]

(a) Die Scheidungsformen des Ehemannes

(aa) Die „Verstoßung"

Die Scharia gibt nur dem Mann das Recht, die Ehe jederzeit, grundlos und einseitig aufzulösen („Verstoßung", *talāq*).[168] Nach der herrschenden Lehre der sunnitischen Rechtsschulen ist die Erklärung der Verstoßungsformel nicht einmal empfangsbedürftig.[169] Die schiitiche Ausrichtung des Islams verlangt hingegen besonders strenge Anforderungen an den Scheidungsausspruch, und zudem soll

[163] *Büchler*, Das islamische Familienrecht, S. 36; *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, S. 138 (163); *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 38.
[164] *Mashhour*, Islamic Law and Gender Equality, Human Rights Quarterly 27 (2005), S. 562 (571).
[165] *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (194).
[166] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 91.
[167] Vgl. dazu m.w.N. *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (195); *Rohe,* Das islamische Recht, S. 216; *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 27; siehe im Einzelnen *Syed*, The Position of Women in Islam, S. 59; *Jawad*, The Rights of Women in Islam, S. 72; *Waletzki*, Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 207.
[168] Zu den Willensmängel des Mannes bei Ausspruch des *talāq* siehe *Rauscher*, Sharī`a, S. 97 sowie *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 107 f.
[169] *Büchler*, Das islamische Familienrecht, S. 44; *Rohe*, Das islamische Recht, S. 91.

der entsprechende Wille des Ehemannes vorliegen.[170] Auch im Hinblick auf etwaige Zeugen stellen die Schiiten und Sunniten unterschiedliche Anforderungen: Während nach der sunnitischen Lehre der *talāq* formlos gilt und die Hinzuziehung von Zeugen lediglich wünschenswert ist, setzen die Schiiten die Anwesenheit zweier Zeugen voraus.[171] Eine gerichtliche oder behördliche Beteiligung wird im klassischen islamischen Recht nicht verlangt.[172]

Die Entbehrlichkeit der Angabe von Gründen soll zum Schutz der Familiengeheimnisse und der Ehre der Ehefrau sowie wegen Beweisschwierigkeiten bestehen.[173] Dass dieses Recht nur dem Mann zustehen soll, wird dadurch verteidigt, dass er im Vergleich zur Frau weniger seinen Emotionen unterliege.[174] Legitimiert wird das Recht zur einseitigen Verstoßung durch die qur`ānischen Verse 2:228-237, 65: 1-6 sowie zahlreiche *hadīṯe*. Im Wesentlichen wird zwischen der widerruflichen und unwiderruflichen Verstoßung differenziert.[175]

Im Falle der widerruflichen Scheidung hat der Mann innerhalb der Wartezeit (*`idda*) das Recht, die Ehe auch nach ausgesprochener Scheidung fortzusetzen, ohne dass es dazu eines erneuten Ehevertrags oder der Vereinbarung einer weiteren Morgengabe bedarf.[176] Durch die Wartezeit soll die Legitimität eventueller vor der Verstoßung gezeugter Nachkommen gesichert werden.[177] Sie beträgt in der Regel drei Monate und bei Schwangerschaft bis zur Geburt des Kindes. Innerhalb dieser Zeit darf es zu keinem Geschlechtsverkehr kommen und der Ehemann ist gegenüber seiner Frau zum Unterhalt verpflichtet. Entsprechend heißt es im *qur`ān*vers 2:228:[178]

> *Die Frauen, die entlassen sind, sollen ihrerseits drei Perioden abwarten. Und es ist ihnen nicht erlaubt, zu verheimlichen, was (etwa) Gott (als Frucht der vorausgegangenen Ehe) in ihrem Schoß geschaffen hat, wenn (anders) sie an Gott und den jüngsten Tag glauben. Und ihre Gatten haben ohne weiteres das Recht, sie darin (d.h. während der Wartezeit) zurückzunehmen, wenn sie eine Aussöhnung herbeiführen wollen…*

---

[170] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 91.
[171] *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 109; *Rohe*, Das islamische Recht, S. 91.
[172] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 91.
[173] Siehe dazu m.w.N. *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (194) sowie *ders.,* Das islamische Recht, S. 216 f.
[174] Dazu m.w.N. *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (194).
[175] *Espositio/DeLong-Bas,* Women in Muslim Family Law, S. 30 f.; *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 112 f.
[176] *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 112; *Schacht,* Introduction to Islamic Law, S. 164; *Jaeger*, Die Stellung der Frau im Islamischen Ehe- und Scheidungsrecht, S. 60.
[177] *Büchler*, Das islamische Familienrecht, S. 45; *Espositio/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 20.
[178] Vgl. *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 112.

Der Widerruf kann durch entsprechende Willenserklärung oder durch die Aufnahme des ehelichen Verkehrs geschehen.[179] Die Möglichkeit der Versöhnung hat der Mann lediglich zwei Mal, denn nach dem dritten *talāq* ist die Scheidung nach dem *qur`ān*vers 2:229 unwiderruflich:

> *Die Entlassung (mit dem Recht, die Frau zurückzunehmen) ist zweimal (erlaubt). Dann (d.h. nach der zweimaligen Entlassung) (sind die Frauen entweder) in rechtlicher Weise (zu) behalten oder auf ordentliche Weise frei(zu)geben. Und es ist euch (im letzteren Fall) nicht erlaubt, etwas von dem, was ihr ihnen (vorher als Morgengabe) gegeben habt, (wieder an euch) zu nehmen…*

Damit soll – in Abkehr zu den vorislamischen Sitten und Bräuche Arabiens – verhindert werden, dass die Frau auf unbestimmte Zeit verstoßen und dann zurückgenommen wird. Nach wirksamer Scheidung kann aber die Ehe erneut zwischen den Parteien geschlossen werden.

Hinsichtlich des unwiderruflichenVerstoße ist zwischen der „kleinen" (*bain bainoona sughra*) und „großen" (*bain bainoona kubra*) Unwiderruflichkeit zu differenzieren.[180] Ein Fall der „kleinen" Unwiderruflichkeit liegt vor, wenn der Ehemann die Ehefrau nach Ablauf der Wartezeit unter einem neuen Ehevertrag heiratet.[181] Das ist allerdings nur bei einem ein- bzw. zweimaligem Ausspruch der Verstoßungsformel möglich.[182] Nach dreimaligem Ausspruch der Formel trifft ein Fall der „großen" Unwiderruflichkeit ein.[183] Eine erneute Heirat ist nur möglich, wenn die Ehefrau zwischendurch die Ehe mit einem anderen Mann vollzogen hat und zwischen diesen eine wirksame Scheidung vorliegt.[184] Diese Regelung wird mit der Absicht erklärt, eine vorislamische Praxis beenden zu wollen, nach der Frauen endlos verstoßen und wieder zurückgenommen werden konnten.[185] Dazu *qur`ān*vers 2:230:

> *Und wenn der Mann (die Frau endgültig) entläßt, ist sie ihm künftig nicht (wieder als Ehefrau) erlaubt, bevor sie nicht (etwa) einen anderen Gatten heiratet. Falls dieser sie entläßt, ist es keine Sünde für die beiden (d.h. den früheren Gatten und die Frau), wieder zueinanderzukommen…*

---

[179] *Jaeger*, Die Stellung der Frau im Islamischen Ehe- und Scheidungsrecht, S. 61.
[180] *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 113.
[181] *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 113.
[182] *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 113.
[183] *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 113.
[184] *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 113.
[185] Siehe dazu m.w.N. *Rohe*, Das islamische Recht, S. 92.

(bb) Īlā`

Im Falle von *īlā`* schwört der Ehemann darauf, dass er mit seiner Ehefrau mindestens vier Monate lang keinen Verkehr haben werde.[186] Als Rechtsgrundlage hierfür gilt der Vers 2:336.[187] Während dieser Ausspruch nach hanafitischer Rechtslehre gegebenenfalls zur Beendigung der Ehe führt, räumen die anderen Schulen der Ehefrau das Recht auf ein gerichtliches Verfahren ein. Darin veranlasst der Richter den Ehemann zur Wiederaufnahme der ehelichen Beziehungen oder aber zum Scheidungsausspruch.[188] Hat der Mann vier Monate lang den Geschlechtsverkehr mit der Frau nicht vollzogen, so ist die Beendigung der Ehe die Rechtsfolge.[189] Das wird damit begründet, dass der Ehemann seiner Frau das Recht auf Sexualität in der Ehe entzogen habe.[190] Diese Form der Beendigung der Ehe genießt keine praktische Bedeutung.[191]

(cc) Li`ān

Ferner ist im Falle des *li`ān* eine Ehescheidung möglich. Hierbei beschuldigt der Ehemann die Ehefrau des illegitimen Geschlechtsverkehrs[192] und beschwört dies in einer bestimmten Form, woraufhin die Ehefrau das Gegenteil beschwört, vgl. Vers 24:6 ff.[193] Die Rechtsfolgen dieser Beschwörung sind unter den verschiedenen Ausrichtungen und Rechtsschulen des Islam umstritten: Für die Malikiten, Schafiiten und Zwölfer-Schiiten ist die Ehe sofort beendet, während Hanafiten und Hanbaliten mehrheitlich der Ansicht sind, dass der Richter den Ehemann zum Scheidungsausspruch auffordern oder bei dessen Weigerung selbst die Scheidung aussprechen muss.[194]

(b) Das Scheidungsrecht der Ehefrau

Im Gegensatz zum Ehemann hat die Ehefrau nur unter bestimmten Bedingungen das Recht, die Beendigung der Ehe zu erwirken.[195] Zu den wichtigsten Fällen

[186] *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 114; *Rohe*, Das islamische Recht, S. 93; *Rubin*, Die Stellung der Frau im Islam, S. 9.
[187] *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 114.
[188] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 93.
[189] *Hallaq*, Sharī`a, S. 286.
[190] *Hallaq*, Sharī`a, S. 286.
[191] *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (195).
[192] Falls der Ehemann seine Frau grundlos beschuldigt, unterliet er der *hadd*-Strafe, das gleiche gilt für die Ehefrau, wenn diese gesteht illegitimen Geschlechtsverkehr gehabt zu haben, siehe im Einzelnen hierzu *Spectorsky*, Introduction, in: Responses of Ibn Hanbal and Ibn Rāhwayh, Übersetzung durch *Spectorsky*, S. 45 f.
[193] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 93
[194] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 93
[195] *Waletzki*, Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 209.

gehören der Loskauf (*ḫulʿ*), die gerichtliche Scheidung und die Scheidungsvollmacht.

(aa) Der Loskauf (*ḫulʿ*)

Bei *ḫulʿ* handelt es sich nach Ansicht aller sunnitischen Rechtsschulen um das Versprechen des Mannes, die Scheidung auszusprechen, sobald er die vereinbarte Entschädigungsleistung der Frau erhält.[196] Grundsätzlich muss die Ehefrau in diesen Fällen die Brautgabe zurückzahlen.[197] Zwei Verse des *qur`ān* handeln vom Loskauf:[198]

> *…Und es ist euch (im letzteren Fall) nicht erlaubt, etwas von dem, was ihr ihnen (vorher als Morgengabe) gegeben habt, (wieder an euch) zu nehmen, - außer wenn die beiden (d.h. Mann und Frau) fürchten, daß sie (hinsichtlich der Ehegemeinschaft) die Gebote Gottes nicht einhalten werden. Wenn aber zu befürchten ist, daß die beiden (im Fall der Aufrechterhaltung der Ehegemeinschaft) die Gebote Gottes nicht einhalten werden, ist es für sie keine Sünde, wenn die Frau sich mit einem gewissen Betrag loskauft…(2:229)*

Und ferner der Vers 4:128:

> *Und wenn eine Frau (ihrerseits) fürchtet, dass ihr Mann (ihr) dauernd Schwierigkeiten macht oder (ihr) abgeneigt ist, ist es für die beiden keine Sünde, sich friedlich (auf einen finanziellen Ausgleich?) zu einigen. Es ist besser, sich friedlich zu einigen (als weiter im Unfrieden zu leben). Die Menschen sind (nun einmal?) auf Habsucht eingestellt (?). (Daher läßt sich manche Schwierigkeit mit Geld ausgleichen?)…*

Der Loskauf der Frau setzt keine Begründung voraus, die über den mangelnden Willen zur Fortsetzung der Ehe hinausgeht.[199] Alle Rechtsschulen sind sich darüber einig, dass zum Selbstloskauf das Einverständnis des Mannes erforderlich ist.[200] Problematisch an dieser Regelung ist insbesondere, dass die Möglichkeit des Missbrauchs dieses Rechtsinstituts durch den Mann gegeben ist, wenn er die Frau vor die Entscheidung stellt, an der Ehe festzuhalten oder eine übermäßige Abfindung zu zahlen.[201] Falls eine einvernehmliche Scheidung vorliegt, wird diese Form der Trennung *mubāra`a* genannt.[202]

---

[196] *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 32; *Nasir*, The Islamic Law of Personal Status, S.122; *Hallaq,* Sharī`a, s. 284.
[197] Zu den Einzelheiten der Vorgaben der jeweiligen Rechtsschule siehe *Rohe*, Das islamische Recht, S. 95.
[198] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 81; zu den ḥadīṯen bezüglich des Loskaufs siehe *Syed*, The Position of Women in Islam, S. 67.
[199] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 95.
[200] Zur Höhe des Betrags siehe *Rohe*, Das islamische Recht, S. 95.
[201] *Rauscher*, Sharī`a, S. 113; *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (196).
[202] *Syed*, The Position of Women in Islam, S. 67.

(bb) Die gerichtliche Scheidung (*talfīq*)

Die Frage, wann dem Gericht die Befugnis zukommt, auf Antrag der Frau die Ehe aufzulösen, ist zwischen und auch innerhalb der Rechtsschulen umstritten.[203] Die hanafitische Rechtsschule gibt der Frau nur dann das Recht die Auflösung der Ehe zu beantragen, wenn der Mann unfähig ist, die Ehe zu vollziehen sowie in den Fällen, in denen der Mann 90 Jahre unentschuldigt fern bleibt.[204] Die anderen Rechtsschulen erkennen auch weitere Auflösungsgründe an.[205] Die malekitische Rechtsschule gewährt der Frau die weitreichendsten Rechte im Hinblick auf eine Scheidung. Danach hat die Ehefrau das Recht auf Scheidung bei Abwesenheit oder Verschollenheit des Ehemannes, physischer Beeinträchtigung, unheilbarer Geisteskrankheit, Misshandlung durch den Mann, Nichtleistung von Unterhalt, siebenjähriger Gefängnisstrafe oder Impotenz bereits zum Zeitpunkt der Heirat. Die gerichtliche Kompetenz zur Auflösung der Ehe wird mit dem *qur`ān*vers 4:35 begründet.[206] Danach sind Schiedspersonen einzusetzen, wenn die Ehe in der Krise steckt.

(cc) Annullierung des Ehevertrages (*fasḫ*)

Bei *fasḫ* handelt es sich um die Anfechtung des Ehevertrages, in den Fällen, in denen eine wesentliche Voraussetzung der Eheschließung fehlt. Das ist bei einer fehlenden Zustimmung einer der Vertragsparteien gegeben oder im Falle einer unzureichenden Mitgift.[207]

(dd) Scheidungsvollmacht der Frau (*talāq i tawfīd*)

Bei *talāq i tawfīd* handelt es sich um die kraft rechtsgeschäftlicher Vollmacht des Mannes von der Frau ausgesprochene Scheidung.[208] In der Regel wird dieses Recht im Rahmen des Ehevertrags übertragen, allerdings ist auch eine Übertragung nach Eheschließung möglich.[209] Zudem kann festgelegt werden, dass bei

---

[203] *Rauscher*, Sharī`a, S. 111; *Esposito/DeLong-Bas,* Women in Muslim Family Law, S. 33; siehe auch *Nasir*, The Islamic Law of Personal Status, S.126 f; siehe dazu auch *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 81 f.

[204] *Rauscher*, Sharī`a, S. 111; *Esposito/DeLong-Bas,* Women in Muslim Family Law, S. 33 f.

[205] Vgl. *Jaeger*, Die Stellung der Frau im Islamischen Ehe- und Scheidungsrecht, S. 71 f.

[206] 4:35: „Und wenn ihr fürchtet, daß eszwischen einem Ehepaar (w. zwischen den beiden) zu einem (ernsthaften) Zerwürfnis kommt, dann bestellt einen Schiedsrichter aus seiner und einen aus ihrer Familie (um zu vermitteln) ! Wenn die beiden sich (dann) aussöhnen wollen, wird Gott ihnen zu ihrem (weiteren) Zusammenleben (in der Ehe) Gelingen geben…".

[207] *Schneider*, Afghan Family Law, Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2005 – 2006, S. 209 (230).

[208] *Rauscher*, Sharī`a, S. 108; *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 32; *Syed*, The Position of Women in Islam, S. 70.

[209] Im Einzelnen siehe *Syed*, The Position of Women in Islam, S. 70 f.

einer späteren polygamen Eheschließung die Erstfrau ein uneingeschränktes Recht auf Ehescheidung erhält.[210]

(c) Eheauflösung durch Religionswechsel

Die Ehe wird zudem automatisch aufgelöst, wenn beide Ehegatten oder der Ehemann vom Islam abfallen.[211] Der Hintergrund dieser Regelung besteht darin, dass eine muslimische Frau nicht mit einem Nicht-Muslim verheiratet sein kann.

(d) Zwischenergebnis

Mithin gewährt das klassische islamische Recht dem Mann das einseitige Verstoßungsrecht ohne Angaben von Gründen. Die Ehefrau kann nur unter bestimmten Voraussetzungen die Ehescheidung einreichen. Während beim Loskauf die Zustimmung des Ehemannes erforderlich ist, setzt die gerichtliche Scheidung einen, je nach Rechtsschule variierenden, Scheidungsgrund voraus. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit ein entsprechendes Scheidungsrecht der Ehefrau im Scheidungsvertrag festzuhalten. Jede Form der Beendigung der Ehe beinhaltet eine dreimonatige Wartefrist, bzw. bei Schwangerschaft bis zur Geburt, bevor die Ehefrau erneut heiraten kann. Der Ehefrau steht demnach nur eine eingeschränkte Möglichkeit zu, sich scheiden zu lassen.

(3) Diskriminierung im Erbrecht

In Vers 4:11 und 12 ist das Erbrecht geregelt. Diese beinhalten folgende einschlägige Passagen:

> *Gott verordnet euch hinsichtlich eurer Kinder: Auf eines männlichen Geschlechts kommt (bei der Erbteilung) gleichviel wie auf zwei weiblichen Geschlechts. (…). Und von der Hinterlassenschaft eurer Gattinnen steht euch die Hälfte zu, falls sie kinderlos sind. Falls sie jedoch Kinder (oder: ein Kind) haben, steht euch ein Viertel davon zu. (…). Und euren Gattinnen (…) steht ein Viertel von dem zu, was ihr (Männer) hinterlasst, falls ihr kinderlos seid. Falls ihr jedoch Kinder (oder: ein Kind) habt, ein Achtel. (…).*

Ergänzend heisst es in Vers 176:

> *Gott gibt euch (hiermit) über die seitliche Verwandtschaft (und deren Anteil am Erbe) Auskunft. Wenn ein Mann umkommt, ohne Kinder zu haben, und er hat eine Schwester (von Vater- und Mutterseite her), dann steht ihr die Hälfte zu von dem, was er hinterlässt. Und er beerbt (umgekehrt) sie, falls sie keine Kinder hat. Und wenn es zwei (solche Schwestern) sind, stehen ihnen zwei Drittel der Hinterlassenschaft zu. Und wenn*

---

[210] Siehe dazu *El Alami*, The Marriage Contract in Islamic Law, S. 130 ff; *Schneider*, Afghan Family Law, Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2005 – 2006, S. 209 (230).

[211] *Rauscher*, Sharī`a, S. 107; *Esposito/DeLong-Bas,* Women in Muslim Family Law, S. 34.

> *es (verschiedene) Geschwister sind, Männer und Frauen, kommt auf eines männlichen Geschlechts gleichviel wie auf zwei weiblichen Geschlechts.*

Nach diesen Vorschriften ist die Ehefrau, sofern auch erbberechtigte Kinder vorhanden sind, Quotenerbin zu ein achtel des Nachlasses. Im gleichen Fall würde der Ehemann eine feste Quote von ein viertel erhalten. Bei Kindern wiegt der Anteil eines Sohnes das Doppelte des Anteils einer Tochter. Die Besserstellung des männlichen Geschlechts rechtfertigen muslimische Rechtsgelehrte mit dem Faktor, dass nach traditionellem Unterhaltsrecht lediglich Ehemänner und Söhne, nicht aber Ehefrauen und Töchter zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, und dass die doppelten Erbteile hierfür einen pauschalen Angleich darstellen.[212]

(4) Die Rechtfertigung der Höherordnung des Mannes durch Vers 4:34

Die rechtliche Höherordnung des Mannes wird nach traditioneller Sicht der Korankommentatoren insbesondere aus Vers 4:34 abgeleitet.[213] Schwierigkeiten hinsichtlich der Interpretation dieses Verses bestehen schon in seiner Übersetzung.[214] In der Übersetzung von *Rudi Paret* heißt er wie folgt:

> *Die Männer stehen über den Frauen, weil Gott sie (von Natur vor diesen) ausgezeichnet hat und wegen der Ausgaben, die sie von ihrem Vermögen (als Morgengabe für die Frauen?) gemacht haben. Und die rechtschaffenen Frauen sind (Gott) demütig ergeben und geben acht auf das, was (den Außenstehenden) verborgen ist, weil Gott (darauf) acht gibt (d.h. weil Gott darum besorgt ist, dass es nicht an die Öffentlichkeit kommt). Und wenn ihr fürchtet, daß (irgendwelche) Frauen sich auflehnen, dann vermahnt sie im Ehebett und schlagt sie! Wenn sie euch (daraufhin wieder) gehorchen, dann unternehmt (weiter) nichts gegen sie! Gott ist erhaben und groß.*

Anders jedoch die Übersetzung von *Theodor Khoury*:

> *Die Männer haben Vollmacht und Verantwortung gegenüber den Frauen, weil Gott die ienen vor den anderen bevorzugt hat und weil sie von ihrem Vermögen (für die Frauen) ausgeben. Die rechtschaffenen (Frauen) sind demütig ergeben und bewahren das, das geheim gehalten werden soll, da Gott (es) bewahrt. Ermahnt diejenigen, von denen ihr Widerspenstigkeit befürchtet, und entfernt euch von ihnen in denen Schlafgemächern und schlagt sie. Wenn sie euch gehorchen, dann wendet nichts Weiteres gegen sie an. Gott ist erhaben und groß.*

Bereits diese unterschiedlichen Übersetzungen zeigen die vielfältigen Interpretationsmöglichkeiten dieses Verses`, denn Übersetzung ist zugleich auch Interpretati-

---

[212] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 168; siehe m.w.N. *Schah*, Women, the Koran and International Human Rights Law, S. 55.

[213] *Schneider,* Der Islam und die Frauen, S. 38.

[214] *Schneider,* Der Islam und die Frauen, S. 58.

on.[215] Grundsätzlich werden sowohl in klassischen als auch modernen Auslegungen folgende Aspekte dieses Verses diskutiert:

1. „*stehen über*“: Bei dieser Formulierung ist den diversen Übersetzungen nicht abschließend zu entnehmen, ob sie hier physisch, geistig oder den Status betreffend gemeint ist oder aber als finanzielle Verantwortung.
2. Hinsichtlich des „*auszeichnen*“ bedarf es auch der Klärung, wer wodurch und vor wem ausgezeichnet sein soll.
3. Ferner ist nicht deutlich, wem gegenüber der „*Gehorsam*“ erbracht werden sollte, etwa dem Ehemann oder Gott?
4. Weiterhin ist zu klären, was genau mit „*Widerspenstigkeit*“ gemeint ist
5. Auch ist nicht klar, was unter „*meidet sie*“ zu verstehen ist
6. Schließlich müsste erläutert werden, ob unter „*schlagt sie*“ ein tatsächliches Schlagen im Sinne physischer Gewalt zu verstehen ist und wenn ja sind die Modalitäten zu klären.

Während *at-Tabari* (gest. 926) das „stehen über“ im Sinne der finanziellen Verantwortung des Mannes verstand, interpretieren ihn andere wie *Djalāladdīn al-Mahallī* (gest. 1459) als Vormachtstellung aufgrund von Wissen, Verstand und Herrschaftsgewalt bzw. Vormundschaft.[216]

Dieser Vers wird überwiegend konservativ ausgelegt und im rechtlichen Bereich durch eine Bevorzugung des Mannes umgesetzt.[217] Muslimische Rechtsgelehrte bemerken zu diesem Vers beispielsweise „Männer und Frauen haben als Menschen nicht denselben Wert“ und „Männer sind Frauen überlegen, und ein Mann ist besser als eine Frau“.[218] Insbesondere in Fällen, in denen die jeweilige Frage nicht ausdrücklich in der Scharia geregelt ist, wird dieser Vers als Rechtsgrundlage für eine Diskriminierung zwischen den Geschlechtern herangezogen.[219] Auf moderne und von feministischer Seite erfolgte Auslegungen des Verses 4:34 wird im Zusammenhang der modernen Auslegungen des islamischen Rechts im späteren Abschnitt eingegangen.

(5) Zwischenergebnis

Im klassischen islamischen Recht wirken sich die Regelungen über Polygamie, Erbrecht und dem Scheidungsrecht diskriminierend gegenüber der Frau aus. Nicht ausdrücklich in der *šarī`a* geregelte Diskriminierungen werden mit Vers 4:34 begründet. Vom klassischen islamischem Recht ausgehend, würde eine islamkom-

---

[215] Vgl. *Schneider,* Der Islam und die Frauen, S. 58.

[216] *At-Tabari*, Tafsīr, Bd. 5, S. 57; *Al-Mahallī/Muhammad/As-Suyūtī*, Tafsīr al-Imāmain al-Djalâlain, S. 110, zitiert nach *Schneider,* Der Islam und die Frauen, S. 59 f.

[217] *Schirrmacher/Spuler-Stegmann,* Frauen und die Scharia, S. 14.

[218] *Razi,* zitiert nach *Schirrmacher,* Frauen unter der Scharia, in: *dies./Spuler-Stegmann,* Frauen und die Scharia, S. 15.

[219] Vgl. *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 55.

patible Interpretation des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf zu dem Ergebnis führen, dass eine Rechtssetzungsgleichheit - anders als im Falle der menschenrechtsfreundlichen Auslegung - nicht bedingungslos gewährleistet werden kann. Demnach wäre gleiches Recht durch das Gesetz in den oben dargestellten Fällen nicht möglich. Insofern würde es sich bei Art. 22 Abs. 2 AfgVerf lediglich um eine Rechtsanwendungsgleichheit handeln.

dd. Verbesserung der Stellung der Frau durch eine reformorientierte Auslegung

Über eine Modernisierung und Reformierung des Islam wird seit Langem diskutiert.[220] Insbesondere seit dem späten 19. Jahrhundert bemüht sich die intellektuelle Elite in den muslimischen Gesellschaften um eine Reform.[221] Der Ägypter *Muhammed Abduh* gehört zu den wichtigsten und ersten Figuren, die das Fundament für eine Reform des islamischen Rechts gelegt haben.[222] Dieser wurde wiederum in seinem Reformvorhaben von *Jamal-al-Din al-Afghani* beeinflusst.[223] Das Reformbegehren unter den Muslimen wird damit begründet, dass sich der praktizierte Islam von seinen spirituellen Grundlagen entfernt habe und sich in starren Bestimmungen verfangen habe.[224] Der Islam habe eine Reformierung der Gesellschaft auch im Hinblick von Gleichheit und Gerechtigkeit für alle angestrebt.[225] Die derzeitige Auslegung des islamischen Rechts und die darauf basierende Diskriminierung der Frau sei auf die Tatsache zurückzuführen, dass in den vergangenen 1400 Jahren das islamische Recht von Männern ausgelegt und angewandt worden sei.[226] Sie plädieren daher für eine Neuinterpretation der islamischen Rechtsquellen.[227] Hingegen vertreten konservative muslimische Rechtsgelehrte die Ansicht, dass die koranischen Regeln zeit- und umstandslos gelten. In Anbetracht der Tatsache, dass in den islamischen Kernländern keine Aufklärung im europäischen Sinn stattgefunden hat und keine offiziell anerkannte Religionskritik existiert, geht es im Hinblick auf das islamische Recht und

---

[220] Vgl. *Rohe*, Das islamische Recht, S. 168; zu den Hintergründen und Einflüssen siehe *Mayer*, The reformulations of Islamic thought on gender rights and roles, in: Akbarzadeh/MacQueen (Hrsg.), Islam and Human Rights, S. 12 ff.
[221] *Mayer*, Islam and Human Rights, S. 115; vgl. *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (139).
[222] *Hallaq*, A History of Islamic Legal Theories, S. 212.
[223] Vgl. *Saatchi*, Ijtihad, S. 20.
[224] Vgl. *An-Na`im*, the Dichotomy Between Religious and Secular Discourse in Islamic Societies, in: Afkhami (Hrsg.), Faith & Freedom, S. 51 (58).
[225] In diesem Sinne argumentierend *Engineer,* The Rights of Women in Islam; *Esposito*, Women in Muslim Family Law; *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation.
[226] Zu den weiblichen Interpretinnen in der islamischen Geschichte siehe *Shaaban*, The Muted Voices of Women Interpreters, in: Afkhami (Hrsg.), Faith & Freedom, S. 61 ff.
[227] *An-Na`im*, the Dichotomy Between Religious and Secular Discourse in Islamic Societies, in: Afkhami (Hrsg.), Faith & Freedom, S. 51 (58 ff.).

insbesondere der *šarīʿa* im Wesentlichen um Auslegungsfragen.[228] Bei diesem Vorgehen sollen nicht die gottgegebenen Vorschriften zu Menschenwerken werden, denn göttliches Recht scheint dem menschlichen Zugriff entzogen.[229] Sie sollen vielmehr den Verhältnissen von Raum und Zeit entsprechend neu interpretiert werden.[230] Die Erstarrung des islamischen Rechts ist insbesondere auf die sog. „*taqlīd*"-Doktrin zurückzuführen.[231] Danach sind im Wesentlichen alle Interpretationen früherer Rechtsgelehrter für künftige Generationen bindend und müssen ohne erneute Prüfung übernommen werden.[232] Diese Doktrin hat auch das „Verschließen des Tors zum *iǧtihād*" zur Folge. Eine Neuinterpretation der islamischen Rechtsquellen kann im Wege des „*neo-iǧtihād*"[233], der eigenständigen Rechtsfindung bei der Heranziehung und Interpretation der jeweils relevanten Quellen, erfolgen.[234]

Ausgangspunkt der Diskussion ist die Frage, ob über den *qur`ān* und die *sunna* hinaus auch weitere Rechtsquellen bindend sind oder ob sie im Wege des *iǧtihād* eigenständig neu entschieden werden können. Zahlreiche Rechtsgelehrte beschränken die von der Neuinterpretation ausgenommen Quellen auf *qur`ān* und *sunna* und stellen alles Weitere zur Disposition des *iǧtihād* unter Berücksichtigung der Zeitumstände.[235] Von einigen Gelehrten werden aber auch der *qur`ān* und die *sunna* einer Neuinterpretation unterzogen.[236] Dafür spricht, dass gerade die Bestimmungen des *qur`ān* der Auslegung bedürfen und dass deren Auslegung zu unterschiedlichen Ergebnissen geführt hat.[237] Das zeigt insbesondere die Spaltung zwischen Sunniten und Schiiten, aber auch die Bildung der verschiedenen Rechtsschulen.[238] Nach dem klassischen Verständnis des *iǧtihād* ist die Grenze der Auslegung bei interpretationsfesten Regelungen des *qur`ān* und der *sunna* zu sehen.[239] Auch das ägyptische Verfassungsgericht differenziert danach, ob die Regelungen der *šarī`a* interpretationsfest oder interpretationsbedürftig sind.[240]

---

228 *Schirrmacher/Spuler-Stegmann*, Frauen und die Scharia, S. 11 f.
229 Vgl. *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (139).
230 *Rohe*, Das islamische Recht, S. 168; vgl. *Wadud*, Inside the Gender Jihad, S. 193.
231 *Schirrmacher/Spuler-Stegmann*, Frauen und die Scharia, S. 30.
232 Siehe zum Zeitalter und zu den Hintergründen des „*taqlīd*" *Krawietz*, Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, S. 70 ff.
233 Begriff bei *Coulson,* An History of Islamic Law, S. 202.
234 Siehe zu den Ansichten von muslimischen Reformdenkern und Schriftsteller zu einer Modernisierung des islamischen Rechts *Rohe*, Das islamische Recht, S. 168 ff.
235 Vgl. u. a. *Muslehuddin*, Islamic Jurisprudence and the Rule of Necessity and Need, S. 59.
236 So beispielsweise der ehemalige Präsident des obersten pakistanischen Scharia-Gerichts, *Justice Aftab Hussain*, *Rohe*, Das islamische Recht, S. 192.
237 *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (194).
238 *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (194).
239 *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 28.
240 Im Folgenden *Sherif*, Constitutions of Arab Countries and the Position of the Sharī`a, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 155 (158).

Moderne Rechtsgelehrte verlangen allerdings auch eine Neuinterpretation dieser Regelungen und verweisen auf die Praxis des zweiten Kalifen *Umar*, der auch in Fällen, die interpretationsfest im *qur`ān* und der *sunna* geregelt worden seien, eine Neuauslegung betrieben habe.[241] *An`Naim* ist daher folgender Ansicht:

> *I would also argue that contemporary Muslims have the competence to reformulate uṣūl al-fiqh and exercise igtihad even in matters governed by clear and definite texts of the Qur`an and sunna as long as the outcome of such ijtihad is consistent with the essential message of Islam.*[242]

Eine Neuinterpretation des islamischen Rechts kann auf die Grundlage gestützt werden, dass die Offenbarung des *qur`ān* und das Leben des Propheten *Mohammed* in das siebte christliche Jahrhundert fallen und dessen besonderen Verhältnissen Rechnung tragen.[243] Bei dieser historisch-immanenten Begründung wird argumentiert, dass ein Rechtssystem nicht losgelöst von seinen politischen, ökonomischen und kulturellen Gegebenheiten verstanden werden könne.[244] Insbesondere liberale Stimmen unter muslimischen AutorInnen unterscheiden zwischen dem Islam und den Folgen des in vielen islamisch geprägten Regionen nach wie vor herrschenden Patriarchats.[245] So beschreibt *Ashgar Ali Engineer* das Problem wie folgt:

> *If the`Ulama still resist change in certain shari`ah edicts concerning women such as polygamy, evidence, divorce, etc., it is not because they are based on the Quran and sunnah (slavery was also based on the Quran and sunnah and yet it was abolished when the time came for it) but because societies are still male-dominated and it hurts the pride of men to accept change.*[246]

Engineer sieht die Religion des Islams als Revolution, die jedoch im Mittelalter stagniert sei.[247] Eine Möglichkeit der Neuinterpretation läge darin, solche Aussagen, die von den klassischen muslimischen Juristen nicht als rechtlich, sondern „nur“ als moralisch bedeutsam behandelt werden, für verbindlich zu erklären. Dazu gehören auch Aussagen zur Gleichberechtigung der Geschlechter.[248]

---

[241] Siehe zu Beispielen *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 28.
[242] *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 29.
[243] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 197.
[244] *Ali*, Gender and Human Rights, S. 7.
[245] So beispielsweise *Wadud,* Inside the Gender Jihad, S. 187 ff.; *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 11; *Kreile*, Politische Herrschaft, S. 320 ff; *Mashhour*, Islamic Law and Gender Equality, Human Rights Quarterly 2005, S. 562 ff.
[246] *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 11.
[247] *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 57.
[248] Vgl. *Kamali*, Divorce and Women`s Rights, The Muslim World 1984, S. 85 ff.

(1) Verbot bzw. Einschränkung der Polygamie

Moderne muslimische Autoren verweisen darauf, dass der Islam die Polygamie nicht eingeführt habe, sondern sie im Vergleich zum vorislamischen Arabien beschränkt habe und dadurch die Gesellschaft auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau vorbereiten wollte.[249] Der Polygamievers sei in seinem Entstehungskontext zu interpretieren: Er sei nach der Schlacht von *Uhud*, die viele Witwen und Waisen hinterlassen habe, entsandt worden, um diesen durch eine Ehe einen ausreichenden Schutz bieten zu können.[250] Vor diesem Hintergrund sei der Polygamievers als Ausdruck sozialer Gerechtigkeit in Zeiten von Krieg und anderen gesellschaftlichen Umbrüchen zu sehen und nicht als Befriedigung der männlichen Lust.[251]

Neben der karitativen Funktion der Polygamie wird in systematischer Hinsicht auf die Verpflichtung zur Gleichbehandlung verwiesen: Vers 4:3 stelle die Bedingung, dass alle Frauen gleich behandelt werden sollen. Syrische Reformer argumentierten in diesem Zusammenhang, dass dies eine geltende rechtliche Bedingung für die Ausübung der Polygamie sei.[252] Die Polygamie sei in diesem Zusammenhang zu sehen und die Monogamie als eigentliches normatives Gebot zu verstehen.[253] Zudem verweisen reformorientierte Rechtsgelehrte darauf, dass nach Vers 4:129 eine gerechte Behandlung nicht möglich sei. Dieser Vers lautet wie folgt:

> *Und ihr werdet die Frauen nicht wirklich gerecht behandeln können, ihr mögt euch noch so sehr darum bemühen.*

Moderne muslimische Rechtsgelehrte verlangen, dass Vers 4:3 und 4:129 zusammen gelesen und interpretiert werden sollen.[254] Daher sei die Polygamie im *qur`ān* wie folgt zu verstehen:[255] Bis zu vier Frauen könnten dann geheiratet werden, wenn kriegsbedingt Waisenkinder Schutz bräuchten und es dem Ehemann gelingt seine Frauen gerecht zu behandeln. Zu diesen kumulativ

[249] *Mashhour*, Islamic Law and Gender Equality, Human Rights Quarterly 27 (2005), S. 562 (568); vgl. auch *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 101 f; *Jawad*, The Rights of Women in Islam, S. 44.
[250] *Arat*, Women`s Rights in Islam, in: Pollis/Schwab (Hrsg.), Human Rights, S. 69 (81); vgl. *Waletzki*, Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 168.
[251] *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 104.
[252] *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (163).
[253] *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 156 f.
[254] *Al-Hibri,* A Study of Islamic Herstory, in: dies. (Hrsg), Women and Islam, S. 207 (216); *Rahman*, Status of Women in the Quran, in: Nashat (Hrsg.), Women and Revolution in Iran, S. 45-49.
[255] *Schah*, Women, the Koran and International Human Rights Law, S. 49.

vorzuliegenden Voraussetzungen sei Vers 4:129 normativ zu verstehen, so dass eine gerechte Behandlung mehrerer Frauen gar nicht möglich sei.[256]

Heutzutage wird die Polygamie in zahlreichen islamischen Ländern gesetzlich mehr oder weniger eingeschränkt, doch nur Tunesien hat sie ausdrücklich verboten.[257] Begründet wird dieses Vorgehen damit, dass in Vers 4:3 die Polygamie zwar erlaubt sei, allerdings nur unter der Bedingung, dass alle Frauen gerecht behandelt werden.[258] Nach Vers 4:129 sei das jedoch nicht möglich.[259] Ferner sei eine Gleichbehandlung der Frauen unter den modernen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen auch faktisch nicht möglich.[260] Nach der Verabschiedung des Gesetzes äußerte sich der damalige tunesische Justizminister *Al Snousi* wie folgt zum Polygamieverbot: "…*the prohibition of polygamy is based on several centuries of proof that a husband cannot treat his wives equally.*"[261]

Andere Staaten haben die polygame Ehe zwar nicht verboten, jedoch beschränkende Maßnahmen getroffen.[262] Beispielsweise wird eine polygame Ehe nach dem marokkanischen *Mudawwana* (Personalstatut) von 2004 an eine ganze Reihe von Voraussetzungen gekoppelt, die sich etwa auf die Gleichbehandlung der Ehefrauen und Kinder, die gerichtliche Genehmigung, die soziale Lage, die Scheidungsmöglichkeit der ersten Frau sowie einen „sachlichen Rechtfertigungsgrund" beziehen.[263] Diese Vorkehrungen wurden unter anderem auch damit begründet, dass der Prophet selbst die längste Zeit monogam gelebt habe.[264] Im Falle des marokkanischen Personalstatuts hat der König für sich *iğtihād* reklamiert und ein modernes Familienrecht durchgesetzt.[265]

Eine moderne Auslegung koranischer Vorschriften zugrundelegend, ist es nach dem oben Gesagten möglich, den Polygamievers in seinem Entstehungszusammenhang zu sehen und ihn dahingehend zu relativieren, dass Monogamie die

[256] Von traditionellen Interpreten wird Vers 4:129 lediglich als moralische Empfehlung gesehen, siehe dazu *Kamali*, Freedom, Equality and Justice in Islam, S. 77; kritisch gegenüber einer modernen Auslegung des Polygamieverses *Doi*, Women in Shari`ah, S. 55 ff.

[257] Art. 18 des tunesischen Personalstatus vom 13.8.1956, i.d.F. vom 4.7.1958; siehe dazu *Waletzki*, Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 167 ff. zur Polygamie in weiteren muslimischen Ländern siehe *Rohe,* Das islamische Recht, S. 214 f.

[258] Vgl. auch *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 102; *Jawad*, The Rights of Women in Islam, S. 46.

[259] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 67.

[260] Siehe dazu *Schneider*, Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Langenfeld/Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (164).

[261] Zitiert nach *Mashhour*, Islamic Law and Gender Equality, Human Rights Quarterly 27 (2005), S. 562 (585).

[262] Siehe m.w.N. *Schirrmacher/Spuler-Stegmann,* Frauen und die Scharia, S. 117.

[263] Vgl. Art. 40 – 46 des marokkanischen Personalstatuts.

[264] Siehe dazu *Arshad*, Ijtihad as a Tool for Islamic Legal Reform, Kan. J.L. & Pub. Pol'y 129 (2006-2007), S. 129 (142).

[265] Siehe dazu *Buskens*, Recent Debates on Family Law Reform in Morocco, Islamic Law and Society 2003, S. 70 ff.

Regel ist und die Polygamie früher karitative Zwecke hatte, um Witwen und Waisenkindern Schutz zu bieten. Heute besteht die Möglichkeit, dass ein Sozialstaat diesen karitativen Schutz übernimmt, ohne bestehende Ehen mit Polygamie zu belasten. Ein Gegenmodell können etwa die Errichtung von Kinderheimen und die Zahlung von Witwenrente sein. Dass eine polygame Ehe nicht im Interesse aller Frauen sein kann, wird auch dadurch deutlich, dass der Prophet *Mohammed* seinem Schwiegersohn *Ali* verboten hatte eine zweite Frau zu ehelichen solange seine Tochter Fatima am Leben sei.[266] Schließlich kann in normativer Hinsicht darauf verwiesen werden, dass Vers 4:3 und 4:129 zusammengelesen werden müssten, so dass demnach eine gerechte Behandlung mehrerer Frauen unmöglich ist und damit der in Vers 4:3 gestellten Bedingung - der gerechten Behandlung aller Frauen - nicht nachgekommen werden kann.

Entscheidend ist die Frage, ob sich diese Interpretationsart in der islamischen Welt durchsetzt. Dass liberale Interpretationsarten theoretisch akzeptiert werden können, ist die Tatsache zu berücksichtigen, dass der Polygamievers auch den Besitz von Sklavinnen impliziert. Mittlerweile ist jedoch auch unter den konservativen Interpreten das Verbot der Sklaverei anerkannt, obwohl sie im *qur`ān* erwähnt und nicht ausdrücklich verboten wird.[267] Mit gleicher Argumentation müsste auch die Polygamie verboten werden.

(2) Angleichungsmöglichkeit des Scheidungsrechts

Nach dem klassischen islamischen Recht hat die Ehefrau nur ein beschränktes Scheidungsrecht und in einigen Fällen auch abhängig von der Zustimmung des Ehemannes. Um Diskriminierungen im islamischen Scheidungsrecht zu vermeiden, wird auf die Möglichkeit verwiesen, bei der Eheschließung dem Ehemann das einseitige Scheidungsrecht abzuerkennen oder aber auch der Ehefrau zu erlauben.[268] Dieses Recht wird damit begründet, dass die Ehe auf einem gegenseitigen Vertrag zwischen Mann und Frau beruhe und bei Eingang dieses Vertrags eben Entsprechendes vereinbart werden könne.[269] Ferner wird darauf verwiesen, dass im *qur`ān* eine willkürliche Ausübung des Scheidungsrechts seitens des Mannes verwerflich sei.[270] Dies zeigt sich u.a. am Vers 65:1, der es dem Ehemann verbietet, die Ehefrau vor Ablauf ihrer Wartezeit zu entlassen. Wer dies nicht beachte „frevelt gegen sich selber (indem er sich ins Unrecht setzt)“. Außerdem sei vorherige Versöhnung erwünscht.[271] Sei dies nicht möglich, so müsse eine

---

[266] *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 159.
[267] *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 172 ff.
[268] Siehe Beispielsweise *Ali*, Gender and Human Rights, S. 281.
[269] Siehe dazu *Schah,* Women, the Koran and International Human Rights Law, S.52.
[270] *Esposito/DeLong-Bas,* Women in Muslim Family Law, S. 29; siehe dazu m.w.N. *Schah*, Women, the Koran and International Human Rights Law, S. 53 f.
[271] Im Folgenden *Syed*, The Position of Women in Islam, S. 63.

gleichberechtigte Trennung angeordnet werden. Das sind allerdings Argumente, um eine willkürliche Verstoßung seitens des Mannes zu verhindern. Um ein gleichberechtigtes Scheidungsrecht rekonstruieren zu können, argumentiert *Wadud* wie folgt:[272] Während das Verstoßungsrecht des Mannes ausdrücklich im *qur`ān* formuliert sei, schweige er über ein Verstoßungsrecht der Frau.[273] Dies sei im Laufe der Geschichte dahingehend ausgelegt worden, dass dieses Recht der Ehefrau nicht zustehe. Eine solche Interpretation stehe jedoch im Widerspruch zu den vorislamischen Bräuchen Arabiens, in denen die Ehefrau den Eingang ihres Zeltes in eine andere Richtung verlegen konnte, um die Verstoßung eines Mannes zu signalisieren. Da der *qur`ān* diese Praxis nicht ausdrücklich verboten habe, sei sie folglich auch islamkonform. Diese Argumentationsweise wird durch die Rechtssache *Abdul Majid* des pakistanischen „Federal Shariat Courts" bestärkt, in dem entschieden wurde, dass in den Fällen, in denen die *šarī`a* einen Sachverhalt nicht regele, "*the principle governing such situations is that whatever has not been disallowed is allowed*" gilt.[274] In diesem Sinne ist daher möglich das damalige Gewohnheitsrecht auch im heutigen Ausspruch einer Scheidung durch die Ehefrau zu kodifizieren.

In zahlreichen islamischen Staaten sind auch Reformen hinsichtlich des Scheidungsrechts erfolgt, die jedoch unterschiedlich weit gediehen sind. Das tunesische Personalstatut von 1956 gehört auch mit Blick auf das Scheidungsrecht zu den „fortschrittlichsten" Gesetzen.[275] Art. 30 dieses Gesetzes erklärt alle Scheidungen außerhalb der Gerichtsbarkeit für ungültig. Gestützt wurde diese Regelung auf die Verse 2:229 und 4:35. Die tunesischen Juristen begründeten dieses Vorgehen damit, dass es in der Natur einer Scheidung liege, vorherige Schlichtungsversuche zwischen den Ehepartnern zu unternehmen.[276] Dies könne am besten im Wege einer gerichtlichen Scheidung garantiert werden. Ferner bestehe nach Art. 31 Ziff 3 des tunesischen Personalstatus die Möglichkeit der einseitig beantragten, unbegründeten Ehescheidung.[277] Diese Regelung bietet der Frau eine Sonderposition, denn in keinem anderen islamischen Land hat die Frau die Möglichkeit, eine Scheidung auch ohne (nachweisbare) Schädigung per Gericht zu erwirken.[278]

In anderen Ländern standen insbsondere verfahrensrechtliche und gerichtliche Kontrollen im Vordergrund, um dem *talāq* den Willkürcharakter zu nehmen.[279]

---

[272] *Wadud*, Qur`an and Woman, S. 80.
[273] So auch *Syed*, The Position of Women in Islam, S. 66.
[274] *Schah*, Women, the Koran and International Human Rights Law, S. 54.
[275] Siehe dazu *Waletzki*, Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 210 ff.
[276] Im Folgenden *Kamali*, Freedom, Equality and Justice in Islam, S. 76.
[277] *Waletzki*, Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 214 f.
[278] *Waletzki,* Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 214 f.
[279] *Nasir,* The Islamic Law of Personal Status, S. 113; *Büchler*, Das islamische Familienrecht, S. 47; siehe auch *Rohe*, Das islamische Recht, S. 215 ff.

Aus diesen Ländern sollen im Folgenden insbesondere die Reformen des Scheidungsrechts in Ägypten und Marokko dargestellt werden.

In Ägypten wurde das Scheidungsrecht durch die Reform des Familienrechts im Jahr 2000 modernisiert.[280] Entscheidend ist Art. 20 des Gesetzes,[281] das mit dem gerichtlichen *ḫulʿ* eine neue Form der Ehescheidung mit sich bringt. Danach kann sich die Ehefrau von ihrem Mann auch ohne sein Einverständnis gerichtlich scheiden lassen, wenn sie ihm die Mitgift rückerstattet. Nach dem klassischen islamischen Recht ist bei *ḫulʿ* allerdings die Zustimmung des Ehemannes erforderlich.[282] Verfechter dieses Rechts haben sich auf die Praxis des Propheten Muhammed und des Kalifen ʿUmar gestützt.[283] Das historische Vorbild des *ḫulʿ* ist auf den Fall der Ehefrau des Tabit ibn Qais zurückzuführen.[284] Diese hatte sich bei Mohammed wegen der Hässlichkeit ihres Ehemannes beklagt und um Auflösung der Ehe geben. Sie konnte ihm zwar hinsichtlich seines Charakters keinen Vorwurf machen, sie verabscheue jedoch Untreue.[285] Mohammed fragte die Ehefrau, ob sie bereit sei, ihre Brautgabe zurückzugeben. Als sie dies bejahte, forderte Mohammed ihren Ehemann auf, die Brautgabe zurückzunehmen und die Scheidung auszusprechen.[286] Dieser Fall zeigt, dass Mohammed den Ehemann nicht um Zustimmung zur Scheidung gebeten hat. Dennoch wurde im Gesetzgebungsverfahren die Kritik ausgesprochen, dass beim *ḫulʿ* nach allen sunnitischen Rechtsschulen die Zustimmung des Ehemanns erforderlich sei.[287] Demnach spiegelt sich hier der Konflikt zwischen den Anhängern des *taqlīd* und den

---

[280] Gesetz Nr. 1/2000 am 29.1.2000 veröffentlicht, Qanun raqm 1 li-sanat 2000 bi-isdar qanun tanzim ba'd awda' wa igra'at al-taqadi fi masa'il al-ahwalal-šakhsiya, al-garidat al-rasmiya 29.1.2000 (23. Šawwal 1420); siehe dazu *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (203 ff.).

[281] Art. 20 des ägyptischen Familienrechts lautet wie folgt: "Die Ehegatten können einen ḫul' vereinbaren . Wenn sie keinen vereinbart haben, so spricht das Gericht die Scheidung der Ehe dann aus, wenn die Ehefrau eine Klage auf ḫul' erhebt und sich von ihrem Ehemann gegen Entgelt trennt, indem sie auf alle gesetzlichen Vermögensansprüche verzichtet und die von ihm gezahlte Brautgabe zurückerstattet.
Das Gericht spricht die Scheidung aufgurnd des ḫul' nur nach einem Versöhnungsversuch zwischen den Ehegatten aus, mit dem zwei Schlichter für die Dauer der Versöhnungsbemühungen von höchstens drei Monaten vertraut wurden (…), und nachdem die Ehefrau ausdrücklich erklärt hat, dass sie das Leben mit ihrem Ehemann so verabscheue, dass die Fortführung des ehelichen Lebens zwischen ihnen ausgeschlossen ist, und dass sie fürchte, wegen dieser Abscheu die von Gott gesetzten Grenzen nicht einhalten zu können. (…)", entnommen aus *Rohe,* Das islamische Recht, S. 222.

[282] *Abiad*, Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty, S. 125.

[283] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 223.

[284] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 223.

[285] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 223.

[286] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 223.

[287] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 223.

Befürwortern des *iğtihād* wider.[288] Die Verfassungsmäßigkeit dieser Neuregelung wurde mittlerweile von dem ägyptischen Verfassungsgericht bestätigt, dass sich maßgeblich darauf berief, dass keine zwingenden Regeln entgegenstünden und das Gericht angesichts der unterschiedlichen Gelehrtenmeinungen der Gesetzgeber die Kompetenz zu eigenständiger Feststellung habe.[289]

Auch im marokkanischen Familienrecht *Moudawana* wurden im Jahre 2004 Änderungen zugunsten von Frauen eingeführt:[290] Unter anderem hat es erstmals die gerichtliche Scheidung erlaubt, was eine enorme Besserstellung der Frau gegenüber den Regelungen des klassischen islamischen Rechts zur Folge hat, denn nunmehr kann der Mann sie nicht ohne weiteres nach seinem Belieben versto-ßen.[291] Diese Veränderung wurde mit der Ausübung des *iğtihāds* begründet.[292] Marokkanische Modernisten haben insbesondere darauf verwiesen, dass das Recht *iğtihād* auszuüben nicht eine Prärogative der *ʿulamāʾ* sei, sondern das Recht eines jeden Muslims.[293] Der König habe in seiner Aufgabe des *amīr al-muʾminīn*[294] die Aufgabe, diese gegenüber hegemonischen Ansprüche der *ulamā* zu schützen.[295] Hingegen argumentierten die *ʿulamāʾ*, dass eine Familiengesetznovellierung nur möglich sei, wenn sie vom Herrscher ausgehe und den *iğtihād* der Gelehrten hinzuziehen würde.[296] Die Konfrontationen zwischen Reformern und Traditionalisten führte im Jahre 2000 zu großen Demonstrationen und Gegendemonstrationen.[297] Unter diesen Umständen konnte das Gesetz nur durch die Intervention des marokkanischen Königs Muhammad VI in Kraft gesetzt werden. In seiner

[288] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 223.
[289] *Rohe,* Das islamische Recht, S. 223 f.
[290] Siehe zu den gesellschaftlichen und politischen Entwicklungen, die zum marokkanischen Familienrech geführt haben *Buskens,* Recent Debates on Family Law Reform in Morocco, Islamic Law and Society 10 (2003), S. 70 ff.
[291] *Schneider,* Der Islam und die Frauen, S. 85.
[292] Siehe *Arshad*, Ijtihad as a Tool for Islamic Legal Reform, Kan. J.L. & Pub. Pol'y 2006-2007, S. 129 (143 ff.).
[293] Dazu näher *Buskens,* Recent Debates on Family Law Reform in Morocco, Islamic Law and Society 10 (2003), S. 70 (119 ff.).
[294] Diese Bezeichnung, die übersetzt "Beherrscher der Gläubigen" meint, ist darauf zurückzuführen, dass die marokkanische Königsfamilie ihre Herkunft von der Familie des Propheten ableitet, siehe *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/dies. (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (165).
[295] *Buskens,* Recent Debates on Family Law Reform in Morocco, Islamic Law and Society 2003, S. 70 (120).
[296] *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/dies. (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (166).
[297] *Buskens,* Recent Debates on Family Law Reform in Morocco, Islamic Law and Society 2003, S. 70 (167).

Rede bezeichnete er sich als *amīr al-mu'minīn* und stellte fest, dass die Reformen in der *šarī`a* verwurzelt seien.[298]

Selbst in der Islamischen Republik Iran wurde beispielsweise das Scheidungsrecht dahingehend geändert, dass sich der Ehemann, nach erfolglosem Ablaufen des Schlichtungsverfahrens, nur gerichtlich scheiden lassen kann und nur nachdem er seiner Frau den Betrag, der ihr zusteht, ausgezahlt hat.[299]

Die Entwicklungen in Ägypten, Marokko und Iran zeigen, dass die Regelungen des klassischen islamischen Recht eingeschränkt werden, wobei diese Einschränkungen schrittweise und jeweils auf Druck der jeweiligen Frauenorganisationen erfolgten sowie in Ägypten und Marokko auch mit der Initiative der Regierung verbunden waren.[300]

(3) Angleichung des Erbrechts

Bezüglich der erbrechtlichen Vorschriften verweisen reformorientierte Koraninterpreten darauf, dass das islamische Erbrecht eine Verbesserung der Stellung der Frau mit sich gebracht habe, da ein Pflichtteil für Frauen im vorislamischen Arabien nicht bestanden habe.[301] Dafür spräche auch die Entstehungsgeschichte des Verses 4:11.[302] In diesem reformorientierten Sinne seien auch diese Vorschriften zu sehen. *Asghar Ali Engineer* erklärt die Ungleichbehandlung zwischen Frau und Mann im Rahmen des islamischen Rechts auch aus einer anderen Perspektive:[303] Die Tatsache, dass nach den oben genannten Suren die Frau nur den halben Anteil eines Mannes erben kann, sei nicht Ausdruck der Geringwertigkeit der Frau, sondern Folge der jeweiligen ökonomischen Strukturen. Im vorislamischen Arabien seien Frauen andere gesellschaftlichen Positionen zugekommen als Männern. Zudem würden die Frauen nach den Regelungen des *qur`ān* bei Heirat *mahr* erhalten und seien auch während der Ehe nicht zum Unterhalt verpflichtet.[304] Im Falle, dass eine Frau nicht verheiratet werden kann, hätten die Eltern die Möglichkeit ihr per Testament mehr aus dem Nachlass zu gewähren.[305] Aus dieser Ungleichbehandlung im Erbrecht könne daher keine grundsätzliche Diskriminierungsabsicht allein bezüglich des Geschlechts abgeleitet werden. Im Falle des Erbrechts würden vielmehr ökonomische Aspekte im Vordergrund stehen. Auch *Shaheen Sardar Ali* erklärt, dass der Hintergrund dieser Regelung insbesondere die

[298] *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/dies. (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (167).
[299] *Abiad*, Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty, S. 120.
[300] *Schneider,* Der Islam und die Frauen, S. 85.
[301] *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 71; *Jawad*, The Rights of Women in Islam, S. 61.
[302] Siehe zur Entstehungsgeschichte *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 71.
[303] Im Folgenden *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 70 ff.
[304] *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 74.
[305] *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 74.

finanzielle Verpflichtung des Mannes gegenüber seiner Frau sei.[306] Daher würde die Frau gegenüber einem Mann die Hälfte erben. Allerdings würde durch Veränderungen der gesellschaftlichen Realität auch dieses Argument entfallen. Weltweit gäbe es genügend Frauen, die auch für die finanzielle Stabilität der Familie aufkommen müssten. Diese Argumente sprechen dafür, diese Regelung in einem neuen Lichte zu sehen. Schließlich sei auch die Möglichkeit gegeben, dass die im *qur`ān* vorgegebenen Quellen durch ein Testament ersetzt werden können, so dass auch die Möglichkeit der gleichberechtigten Vererbung bestehe.[307] Ein gleichberechtigtes Erbrecht ist auch unter den koranischen Vorschriften dann möglich, wenn die erbrechtlichen Vorschriften im Lichte der gesellschaftlichen Veränderungen entgegen ihres Wortlauts zeitgemäß ausgelegt werden. Mit *Shaheen Sardar Ali* ist zu Recht zu argumentieren, dass weltweit auch Frauen für den Unterhalt aufkommen müssen und die Position des Mannes als Alleinverdiener der gesellschaftlichen Realität vielfach nicht mehr entspricht.[308]

(4) „Moderne" Auslegung des Vers 4:34

Während konservative Koraninterpreten die rechtliche Höherordnung des Mannes mit Vers 4:34 begründen, sehen reformorientierte Rechtsgelehrte in diesem zwar eine funktionale, aber nicht wesensmäßige Überlegenheit des männlichen Geschlechts. [309] Es handelt sich also mehr um ein Aliud- als ein Minusverhältnis. Das wird damit begründet, dass er den Vorrang der Männer mit den zu erbringenden Unterhaltsleistungen im weitesten Sinne begründet.

Amina Wadud interpretiert das „sich auszeichnen" im Vers 4:34 als Bevorzugung „einiger vor einigen" und macht deutlich, dass damit nicht eine grundsätzliche Bevorzugung der Männer vor den Frauen gemeint sei.[310] Sie versteht diesen Vers in einem finanziellen Zusammenhang und übersetzt ihn wie folgt:

> *Männer sind »qawwamun« über Frauen in Angelegenheiten, in denen Gott einigen der Männer mehr gegeben hat als einigen Frauen, und in dem, wofür Männer ihr Geld aufwenden.*[311]

Hinsichtlich der „Widerspenstigkeit" und das darauf eventuell erfolgende „schlagen", schreibt sie, dass das das arabische Nomen für „Widerspenstigkeit", *nuschūz,* in anderen *qur`ān*-Stellen auch für Männer benutzt werde und daher nicht

---

[306] Im Folgenden *Ali*, Gender and Human Rights, S. 73.

[307] *Engineer*, The Rights of Women in Islam, S. 73; siehe zu dieser Frage auch *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 64.

[308] Vgl. auch *Mayer,* Rhetorical Strategies and Official Policies on Women`s Rights, in: Afkhami (Hrsg.), Faith & Freedom, S. 104 (112).

[309] *Engineer,* The Rights of Women in Islam, S. 45; *Rohe*, Das islamische Recht, S. 199; *Ali,* Gender and Human Rights, S. 67.

[310] *Wadud*, Qur`an and woman, S. 71.

[311] *Wadud*, Qur`an and woman, S. 71.

zwingend im Sinne eines Ungehorsames der Frau gegenüber dem Mann übersetzt werden kann.[312] Hinsichtlich des Schlagens verweist sie darauf, dass das arabische Wort für „schlagen“ (*daraba*) auch im anderen Sinne übersetzt werden kann. So könne es im Zusammenhang mit der Redewendung *daraba mathalan* mit „ein Beispiel geben“ übersetzt werden.[313] Zudem argumentiert sie damit, dass die in Vers 4:34 verwendete Verbform nicht in der Intensivform auftritt mit der Tatsache, dass im *qur`ān* die Tötung von Mädchen ausdrücklich verboten wird, sei hieraus ein Gewaltverbot gegen Frauen abzuleiten.[314] Folglich sei das „schlagen“ im Sinne einer Ermahnung zu interpretieren.

Kecia Ali argumentiert damit, dass in Sure 4:34 die Überordnung der Männer aufgrund der finanziellen Überlegenheit angeordnet sei.[315] Im Umkehrschluss bedeutet das für sie, dass diese Situation im Falle der ökonomischen Unabhängigkeit der Frau durch Berufstätigkeit oder Besitz hinfällig wird.[316]

Auch *Ali* sieht hier zwar eine ökonomische Überlegenheit des Mannes, aber keine wesensmäßige.[317] *Engineer*[318] sieht in dieser *qur`ān*stelle lediglich eine soziologische Feststellung, die den Zustand einer patriarchalischen Gesellschaft charakterisiert. Der *qur`ān* beschreibe nicht einen „Sollzustand“, sondern vielmehr einen „Istzustand“.[319] Daher könnten gesellschaftliche Veränderungen auch Veränderungen in der Geschlechterfrage mit sich bringen.[320]

Es ist daher entscheidend, ob dieser Vers zeitlos und normativ verstanden oder in einen soziologischen Kontext gesetzt wird. Auf das Letztere verweisen liberale Stimmen in der muslimischen Welt. Für eine moderne und menschenrechtsfreundliche Interpretation ist diese letztere Sicht unerlässlich.

(5) Zwischenergebnis: Möglichkeit einer frauenrechtsfreundlichen Auslegung

Nach dem oben Gesagten ist die Institution des weltlichen Gesetzgebers dem islamischen Recht nicht fremd, da auch die Regelungen der *šarī`a* der Konkretisierung und Interpretation bedürfen. In materiellrechtlicher Hinsicht ist das klassische islamische Recht im Hinblick auf die Regelungen zur Polygamie, zum Scheidungsrecht und zum Erbrecht bezüglich der Geschlechter aus heutiger Sicht diskriminierend. Erst durch eine Neuinterpretation des islamischen Rechts ist es möglich, diese Regelungen dahingehend zu relativieren, dass sie sich nicht mehr diskriminierend auswirken. Über Interpretationsfragen hinaus ist entscheidend,

---

[312] *Wadud*, Qur`an and woman, S. 74 ff.
[313] *Wadud*, Qur`an and woman, S. 76.
[314] *Wadud*, Qur`an and woman, S. 76.
[315] *Ali*, Sexual Ethics and Islam, S. 119.
[316] *Ali*, Sexual Ethics and Islam, S. 119.
[317] Beispielsweise *Ali*, Gender and Human Rights, S. 67.
[318] *Engineer,* The Rights of Women in Islam, S. 46.
[319] *Engineer,* The Rights of Women in Islam, S. 46.
[320] *Engineer,* The Rights of Women in Islam, S. 45 ff.

dass Vers 4:34, der auch als rechtliche Grundlage der Diskriminierung herangezogen wird, nicht zeitlos und normativ, sondern als Beschreibung des damaligen soziologischen Zustands gesehen wird. Auch die Regelungen zur Polygamie sind in ihrem historischen Kontext zu betrachten. Für eine geschlechtergleiche Auslegung wäre Vers 4:3 i.V.m. 4:129 zu lesen, so dass die Voraussetzung der Polygamie dahingehend nicht erfüllt ist, als nicht alle Frauen gerecht behandelt werden können. Auch im Scheidungsrecht besteht die Möglichkeit gleichberechtigte Trennungsmöglichkeiten für beide Geschlechter schon im Ehevertrag festzuhalten. Da das vorislamische Scheidungsrecht der Frau nicht ausdrücklich im *qur´ān*-verboten worden ist, ist es auf diesem Wege möglich ein einseitiges und unbegründetes Scheidungsrecht der Frau anzuerkennen.

Erbrechtliche Regelungen können dahingehend modifiziert werden, dass eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau nicht mehr durch die alleinige Unterhaltsleistung des Mannes gerechtfertigt werden kann. Mit den reformorientierten Gelehrten des islamischen Rechts wird vorliegend davon ausgegangen, dass das islamische Recht dynamisch zu verstehen ist.

Teilweise haben moderne Gesetzgeber, wie in Tunesien, Marokko und Ägypten[321] begonnen, das Geschlechterverhältnis durch Neuinterpretationen zeitgemäß zu definieren.[322] Das tunesische Personalstatut gilt als das fortschrittlichste in den arabischen Ländern.[323] Allerdings bestehen nach wie vor traditionelle Interpretationen, die weiterhin von einer Hierarchie der Geschlechter ausgehen.[324] Das ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass nach wie vor die islamischen Rechtsgelehrten das Monopol der Interpretation der heiligen Texte für sich beanspruchen.[325] Vor allem in dem Glauben an die Unantastbarkeit des religiösen Rechts wurzelt der Konflikt zwischen Tradition und Moderne.[326] Diejenigen muslimischen Staaten, die einen pauschalen Vorbehalt gegenüber Regelungen der Frauenrechtskonvention des Inhalts, dass sich die Vertragsstaaten an die Konvention nur insoweit gebunden fühlen, als diese nicht dem islamischem Recht widerspricht,[327] eingelegt haben,[328] argumentieren damit, dass das Konzept der Frauenrechte im Islam nicht mit dem des internationalen Rechts übereinstimmen

---

[321] Zu den Reformen in Ägypten siehe *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 47 ff.
[322] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 36.
[323] *Waletzki*, Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 117.
[324] *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 36.
[325] Vgl. *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/dies. (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (149).
[326] *Waletzki,* Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 118.
[327] Siehe im Einzelnen *Schneider,* Der Islam und die Frauen, S. 99 f.
[328] Aus völkerrechtlicher Sicht ist jedoch höchst umstritten, inwiefern diese Vorbehalte wirksam sind, síehe dazu statt vieler *Simma*, Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments, in: Hafner u.a. (Hrsg.), Liber amicorum Professor Seidl-Hohenfeldern, S. 659 ff.

würde.[329] Nicht nur diese Tatsache zeigt, dass in der Praxis von der Unvereinbarkeit des umfassenden völkerrechtlichen Diskriminierungsverbots auf der einen Seite und der Regelungen des klassischen islamischen Rechts auf der anderen Seite ausgegangen wird. Es ist auch nicht zu verschweigen, dass die Anzahl derjenigen Rechtsgelehrten, die sich für eine menschenrechtsfreundliche Auslegung der islamischen Rechtsquellen ausspricht, eine Minderheit im Vergleich zu der Gesamtzahl der Rechtsgelehrten darstellt und zudem meist im Ausland lebt.[330] Den Geist und den Entstehungszusammenhang des Islams betrachtend, verliert sich in einer restriktiven Auslegung jedoch der Reformationsgedanke und das Veränderungspotential der damaligen Gesellschaft. Dieser bestand unter anderem darin die Bedingungen der schwächeren Teile der Gesellschaft, wie der Waisen, Sklaven, Armen und Frauen zu verbessern.[331] Mithin war der Islam um eine Besserstellung der Frau bemüht. Dieser Reformationsprozess ist im Laufe der Jahrhunderte infolge patriarchaler Strukturen stagniert. Die zugunsten des männlichen Geschlechts vorzufindende Interpretation der koranischen Suren ist nicht zuletzt durch ihre bisherige Interpretationsrolle und Positionen in der Gesellschaft bedingt.[332] So wird zu Recht das Engagement von Frauen in der Auslegung des islamischen Rechts verlangt:

> *Muslim societies need women to engage in a process of understanding Islamic law, its interpretations, and Islamic jurisprudence as well as to articulate counter arguments to prove that patriarchal viewpoints are unwarranted and inconsistent with Islamic teachings.*[333]

Irene Schneider bemerkt in diesem Zusammenhang, dass die zunehmende Ausbildung der Frauen im Gebiet des Familienrechts das klassische Gelehrtenestablishment herausfordert.[334] Diese müssten die Auslegungen weiblicher Gelehrter zur Kenntnis nehmen, soweit sie islamisch fundiert seien. Schließlich verweist sie darauf, dass dies in zunehmendem Maße getan wird.

Ali verweist darauf, dass eine wichtige Voraussetzung für eine Neuinterpretation der koranischen Texte die Einstellung der Muslime sei, "that Islam was not intended to freeze human history at the point in time at which God`s word (the Qur`an) was revealed to the Prophet Muhammad and that a contextual approach

---

[329] Näher dazu *Ali,* Gender and Human Rights, S. 250 f.
[330] Vgl. *Schneider,* Der Islam und die Frauen, S. 65 f.; siehe dazu m.w.N. *Ali,* Gender and Human Rights, S. 40.
[331] *Ali,* Gender and Human Rights, S. 56; vgl. *Esposito/DeLong-Bas*, Women in Muslim Family Law, S. 12; vgl. auch *Wadud*, Inside the Gender Jihad, S. 1.
[332] Vgl. *Wadud*, Inside the Gender Jihad, S. 16 u. 38; siehe m.w.N. *Mayer*, Islam and Human Rights, S. 114.
[333] *Mashhour*, Islamic Law and Gender Equality, Human Rights Quarterly 27 (2005), S. 562 (594); siehe ferner *Shaheed*, Networking for Change, in: Afkhami (Hrsg.), Faith & Freedom, S. 78 ff.
[334] Im Folgenden *Schneider*, Der Islam und die Frauen, S. 68.

to law-making based on Qur`anic injunctions does not entail relinquishing its status as the primary source of Islamic law."[335]

An`Naim verlangt über die oben vorgestellten Möglichkeiten der Reform des islamischen Rechts weitergehende Veränderungsansätze.[336] Dabei verweist er auf die Argumentationsweise des sudanesischen Rechtsgelehrten Ustad *Mahmoud Mohamed Taha*.[337] Es müsse grundsätzlich zwischen den medinensischen und den mekkanischen Versen des *qur`ān* unterschieden werden. Während die mekkanischen Verse eine Gleichberechtigung erstrebten, sei eine Differenzierung der Geschlechter erst in den medinensischen Versen ersichtlich.[338] Dazu gehöre auch insbesondere Vers 4:34. Im Wege der Abrogation (*naskh*) werde den Muslimen der beste Teil ihrer Religion vorenthalten.[339] Dabei sei zur damaligen Zeit die Abrogation lediglich erfolgt, als die medinensische Bevölkerung nicht auf die mekkanischen Suren vorbereitet war. Die koranischen Suren seien stets adressatenbezogen erlassen worden. Ähnlich habe auch der Kalif Omar gehandelt, wenn er von interpretationsfesten Regelungen der *šarī`a* abgewichen sei.[340] Daher sei der historische Kontext einer Regelung stets zu beachten.[341] Im Ergebnis läuft auch sein Ansatz auf eine zeitgemäße Interpretation der islamischen Rechtsquellen hinaus. Für eine historisch-immanente Auslegung der *šari`a* spricht auch die Tatsache, dass die Rechtsschulen erst im 3. Jahrhundert des Islams aufkamen und folglich nicht zum reinen Islam der ersten Generationen von Muslimen gehören.[342]

Mithin besteht die Möglichkeit die oben vorgestellten Bestimmungen der *šarī`a* so auszulegen, dass sie gegenüber der Frau nicht diskriminierend wirken und diese Auslegung gewinnt zumindest in der Wissenschaft zunehmend an Gewicht. Zu Recht schreibt *Goldziher* in seinem Standardwerk zur Koraninterpretation:

> *Auch vom Koran gilt das auf die Bibel bezügliche Wort des reformierten Theologen Peter Werenfels:*
>
> *>>Jedermann sucht sein Dogma in diesem heiligen Buche*
>
> *Jedermann findet zumal was er gesuchet darin.* <<[343]

---

[335] *Ali*, Gender and Human Rights in Islam and International Law, S. 85.
[336] Zu den Gründen hierfür siehe beispielsweise *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 62 f.
[337] Im Folgenden *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 52 ff.
[338] *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 54.
[339] *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 56.
[340] *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 60.
[341] *An-Na`im*, Toward an Islamic Reformation, S. 63 u. 171.
[342] Vgl. *Peters*, Erneuerungsbewegungen im Islam, in: Werner Ende/Udo Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, S. 90 (92).
[343] *Goldziher,* Die Richtungen der islamischen Koranauslegung, S. 1.

In diesem Sinne schließt eine moderne Auslegung des islamischen Rechts die Rechtssetzungsgleichheit nicht aus, wenn anerkannt wird, dass der Islam selbst entwicklungsfähig ist und sich den Erfordernissen von Ort und Zeit anpassen kann.

h. Prinzip der der effektiven Grundrechtsausübung

Nach dem in Art. 149 Abs. 2 AfgVerf statuierten Gebot der effektiven Grundrechtsausübung ist im Falle des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf derjenigen Auslegung der Vorrang zu geben, die den weitergehenden Schutz gewährleistet. Der Gleichheitssatz ist effektiv nur dann durchzusetzen, wenn er als Rechtssetzungsgleichheit akzeptiert wird. Art. 22 Abs. 2 AfgVerf darf daher nicht zuungunsten der Frauen ausgelegt werden.

i. Zwischenergebnis: Art. 22 Abs. 2 AfgVerf als Rechtssetzungsgleichheit

Zusammenfassend gilt, dass der Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf einer Rechtssetzungsgleichheit nicht entgegensteht. Eine systematische Interpretation ergibt die Verfassungsbindung des Gesetzgebers aus dem in Art. 121 AfgVerf und 162 Abs. 2 AfgVerf statuierten Vorrangs der Verfassung. Diese Verfassungsbindung hat mit Blick auf Art. 22 Abs. 2 AfgVerf zur Folge, dass auch das Parlament bei der Verabschiedung von Gesetzen materiellrechtlich an den Gleichheitssatz gebunden ist, so dass eine Rechtssetzungsgleichheit angenommen werden kann. Zu diesem Ergebnis kommt sowohl die menschenrechtsfreundliche Auslegung des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf unter Heranziehung des Art. 2 lit.a) CEDAW als auch das Gebot der effektiven Grundrechtsausübung. Unter Heranziehung einer modernen Auslegung des islamischen Rechts ist eine Diskriminierung nicht zwingend. Daher ist es geboten, Art. 22 Abs. 2 AfgVerf sowohl im Sinne einer Rechtsanwendungs- als auch einer Rechtssetzungsgleichheit auszulegen.

II. Förderung von Frauenbildung

Nach Art. 44 AfgVerf ist der Staat verpflichtet „zur Förderung einer gleichmäßigen Verbreitung der Bildung für Frauen, zur Verbesserung der Bildung der Nomaden, sowie zur Beseitigung des Analphabetismus im Land effektive Programme zu entwickeln und zu verwirklichen“. Diese Regelung begründet jedoch kein subjektives Recht des Einzelnen gegen den Staat auf Bildung,[344] sondern kann vielmehr als programmatische Erklärung interpretiert werden. Mit Blick darauf, dass nach Angaben der afghanischen Independent Human Rights

[344] So *Pfaff,* Afghanistan im Umbruch , ZAR 2005, S. 393 (397).

Commission etwa 85 % der Frauen Analphabeten sind,[345] ist die Förderung von Frauen im Bereich der Bildung als Signal in die richtige Richtung zu sehen.

C. Die Frau in den Verfassungsorganen

Hinsichtlich der Stellung der Frau in den Verfassungsorganen soll hier zum einen die Quotenregelung im Parlament behandelt werden und zum anderen der Zugang zum Amt des Staatspräsidenten.

I. Quotenregelung im Parlament

Die aktuelle Vefassung enthält sowohl eine Quotenregelung für die Mitglieder der Volksvertretung als auch für die des Ältestenrates. Art. 83 Abs. 6 S. 2 AfgVerf schreibt die Wahl zweier Frauen in die Volksvertretung (*Wulesi Dschirga*)[346] aus jeder Provinz proportional zur Bevölkerung vor. Im Verfassungsentwurf war eine Frau pro Provinz vorgesehen. Diese wichtige Änderung ist auch auf das Engagement der weiblichen Mitglieder der Verfassungs-Loya-jirga zurückzuführen.[347]

Auch die Wahl der Mitglieder des Ältestenrates ist an eine Frauenquote geknüpft. Nach Art. 84 Abs. 1 Nr. 3 AfgVerf wird ein Drittel der Mitglieder des Ältestenrates vom Staatspräsidenten ernannt. Die Hälfte der vom Staatspräsidenten ernannten Mitglieder müssen Frauen sein, Art. 84 Abs. 2 AfgVerf. Dadurch wird erreicht, dass in der Volksvertretung mindestens 25 % und im Ältestenrat mindestens 16 % Frauen vertreten sind. Die Quote stellt lediglich eine Mindestzahl der weiblichen Mitglieder sicher und schließt nicht aus, dass mehr Frauen als Männer in die jeweilige Kammer gewählt werden.

II. Keine Beschränkung des Zugangs zum Amt des Staatspräsidenten

In den bisherigen Verfassungen Afghanistans war das Amt des Präsidenten nur für das männliche Geschlecht vorgesehen.[348] In der aktuellen Verfassung sind die Voraussetzungen für das Amt des Präsidenten in Art. 62 AfgVerf geregelt.[349]

---

[345] Vgl. Afghanistan Independent Human Rights Commission, Evaluation report on General Situation of Women in Afghanistan, im Internet aufrufbar unter http://www.aihrc.org.af/rep_eng_wom_situation_8_march.htm, zuletzt aufgerufen am 28. September 2009.

[346] Gem. Art. 82 AfgVerf besteht die afghanische Nationalversammlung aus zwei Kammern: Der Volksvertretung (*Wulesi Dschirga*) und dem Ältestenrat (*Meschranu Dschirga*).

[347] *Kamali*, References to Islam and Women in the Afghan Constitution, S. 270 (300, Fn. 34).

[348] Diese Einschränkung ergibt sich daraus, dass in der Verfassung bestimmt wird, dass die Ehefrau des Präsidenten von afghanischen Eltern geboren sein muss; so zum Beispiel nach Art. 77 der Verfassung von 1977 und Art. 73 der Verfassung von 1987 und 1990.

[349] Siehe zur Rolle und Kompetenzen des afghanischen Präsidenten *Gerber*, Die neue Verfassung Afghanistans, S. 91 ff.

Danach muss es sich um einen über vierzig Jahre alten muslimischen afghanischen Staatsbürger handeln, der von afghanischen Eltern geboren ist und nicht die Staatsangehörigkeit eines anderen Landes besitzt. Zudem darf er nicht wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit, wegen einer Straftat oder zur Aberkennung seine bürgerlichen Rechte von einem Gericht verurteilt worden sein. Aus diesen Voraussetzungen ist nicht zu entnehmen, dass das Amt des Präsidenten nur für Männer bestimmt ist.[350]

Allerdings wird in der deutschen Übersetzung stets das Personalpronomen „er" benutzt. Im Dari besteht grammatikalisch an dieser Stelle kein Unterschied zwischen männlichem und weiblichem Geschlecht. In Pashto wird auch auf die männliche Form abgestellt. Die Differenzierung wird insbesondere bei dem Begriff Muslim deutlich, der mit „*moselman*" genannt wird, denn die weibliche Form würde „*moselmana*" heißen.

Die Entstehungsgeschichte dieser Regelung spricht auch dafür, dass beide Geschlechter dieses Amt ausüben können: *Barnett Rubin* führt aus, dass die Islamisten während des Verfassungsgebungsprozesses versucht hatten, das Amt des Staatspräsidenten auf das männliche Geschlecht zu beschränken, sich aber schließlich nicht durchsetzen konnten.[351] Aus diesem Umkehrschluss und mangels eines anderweitigen Wortlauts ist schließlich zu entnehmen, dass auch eine Frau das Recht hat, das Amt des afghanischen Staatspräsidenten auszuüben. Dieser Schritt ist im Hinblick auf die Gleichberechtigung der Geschlechter positiv zu bewerten.

D. Geschlechtsneutrale Rechte und Pflichten der Bürger

Alle anderen Artikel zu den Rechten und Pflichten der Bürger Afghanistans sind geschlechtsneutral. Es werden hierbei unterschiedliche Begrifflichkeiten benutzt: „Niemand"[352], „Bürger Afghanistans"[353], „Jeder Afghane" bzw. „kein Afghane"[354], „afghanische Staatsbürger"[355], „Bürger"[356], „Jede Person"[357].

Allerdings ist auf den ersten Blick die Formulierung „jeder" bzw. „kein Afghane" nicht geschlechtsneutral. Dabei ist jedoch zu beachten, dass im Dari („*hetsch*

[350] So auch *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (28).

[351] *Rubin*, Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy, 2004, S. 5 (15).

[352] Art. 23 S. 2, Art. 27 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2, Art. 29 S. 2, Art. 38 Abs. 2, Art. 40 Abs. 2 u. Abs. 3 und schließlich Art. 59 AfgVerf.

[353] Art. 22 Abs. 1 u. Abs. 2, Art. 28 Abs. 1, Art. 33, Art. 56 Abs. 2 AfgVerf.

[354] Art. 28 Abs. 2, Art. 34 Abs. 2 und 3, Art. 39 Abs. 1 und 2, Art. 42 Abs. 1, Art. 48, Art. 49 Abs. 2 AfgVerf („*aller Afghanen*").

[355] Art. 36, Art. 43 Abs. 1, Art. 46 Abs. 2, Art. 50 Abs. 2 S. 1, Art. 55 Abs. 2 AfgVerf.

[356] Art. 37 Abs. 1 und 2, Art. 52 Abs. 1 AfgVerf.

[357] Art. 31 Abs. 1, Art. 32 Abs. 1 („*einer Person*"), Art. 58 Abs. 2 AfgVerf.

afghān“[358]) kein Unterschied zwischen männlichem und weiblichem Geschlecht besteht. Anders ist dies im Paschto. Dort gibt es auch die weibliche Form („*hez afghāna*“). In der Paschtoübersetzung der Verfassung wird jedoch die männliche Form „*hez afghān*“ benutzt. In der deutschen Übersetzung der Verfassung[359] wird darauf hingewiesen, dass auch im deutschen die maskuline Form zur besseren Lesbarkeit gebraucht werde, gemeint seien jedoch beide Geschlechter.

Aus dem Inhalt und Sinn und Zweck der Artikel, die die Formulierung „*hez afghān*“ verwenden, ergibt sich, dass es sich hierbei typischerweise nicht um Vorschriften handelt, die den persönlichen Schutzbereich auf das männliche Geschlecht reduzieren. Beispielsweise regelt Art. 34 Abs. 2 AfgVerf die Meinungs- und Abs. 3 die Pressefreiheit. So ist zum Beispiel auch in Art. 16 Abs. 2 GG geregelt, dass „kein Deutscher“ an das Ausland ausgeliefert werden kann. Der persönliche Schutzbereich dieses Grundrechts beschränkt sich auch nicht auf das männliche Geschlecht. Entgegen dem Wortlaut in Pashto wird daher auch für die jeweiligen Regelungen der afghanischen Verfassung angenommen, dass sie geschlechtsneutral sind.

E. Erweiterung der geschlechtsbezogenen Vorschriften?

Die Verfassung von 2004 bleibt größtenteils – wie ihre Vorgänger auch – geschlechtsneutral. Dennoch wird teilweise verlangt, dass angesichts der historischen Erfahrungen Afghanistans der ausdrückliche Schutz und die ausschließliche Gewährleistung von Frauenrechten erforderlich sei.[360] *Kamali* hatte vorgeschlagen frauenspezifische Regelungen in die Verfassung mit aufzunehmen.[361] Die größten Probleme seien in diesem Zusammenhang die Kindesheirat, exorbitante Brautpreise, Zwangsheirat von Erwachsenen sowie der Missbrauch der Vormundschaft. Diese Praktiken seien ein nationales Problem historischer Dimension geworden und müssten daher ausdrücklich in der neuen Verfassung erwähnt werden. Teilweise sei dieser Vorschlag in Art. 54 AfgVerf angenommen worden, der die Familie unter staatlichen Schutz stellt und dem Staat auferlegt, Traditionen, die den Bestimmungen der heiligen Religion des Islam widersprechen, zu beseitigen.[362] Die Kommission sei aber aufgrund ihrer konservativen Besetzung nicht

---

[358] Art. 28 Abs. 2 AfgVerf „*Kein Afghane*…“.

[359] Übersetzt von *Gholam Djelani Davary*, Wiesbaden, unter Mitwirkung des Max-Planck-Institutes für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, S. 8 Fn. 2.

[360] So *Roshan*, Recent Development , Berkeley Women´s L.J. 2004, S. 270 (284).

[361] Zum Folgenden *Kamali*, References to Islam and Women in the Afghan Constitution, S. 270 (298 f.).

[362] Art. 54 AfgVerf besagt Folgendes: „Die Familie bildet den Grundpfeiler der Gesellschaft und steht unter dem Schutz des Staates. Der Staat ergreift erforderliche Maßnahmen zur Sicherung der körperlichen und seelischen Unversehrtheit der Familie, insbesondere von Mutter und Kind,

offen genug für weitergehende Verbesserungen hinsichtlich der Frauenrechte gewesen.[363]

Roshan kritisiert die geschlechtsneutrale Formulierung dahingehend, dass solche Regelungen zwar nur in Ländern, in denen Demokratie seit längerem praktiziert wird, hinreichend reflektiert werden könnten.[364] Dies sei in Afghanistan jedoch nicht der Fall. Afghanische Frauen seien über viele Jahre hinweg vom politischen Prozess ferngehalten und aus dem öffentlichen Leben verbannt worden. Ohne die ausdrückliche Nennung der Frauen in den spezifischen Grundrechten, würde es – wenn überhaupt – Jahre dauern, bis die Frauen Afghanistans eine rechtliche Gleichberechtigung durchsetzen könnten. Ferner meint er, dass "the constitution should have done more than pay lip service to the abstract notion of equality. The Constitution should have explicitly mentioned women`s rights to equality in education, employment, and other areas".[365] Auch *Poya*[366] fordert vor dem Hintergrund der afghanischen Geschichte eine stärkere Artikulierung der „elementaren" Rechte der Frauen in der Verfassung. Seiner Ansicht gehört dazu das Recht auf diskriminierungsfreie Eheschließung, das Recht auf Bildung, das Erbrecht und das Recht auf Wahlen. Diese hätten ausdrücklich mit einer Nichtdiskriminierungsklausel versehen werden müssen.

Letztendlich ist es jedoch nicht entscheidend, dass die Frau wiederholt in der Verfassung erwähnt wird, sondern dass eine Rechtskultur existiert, die das weibliche Geschlecht als gleichberechtigt wahrnimmt und akzeptiert. Diese Akzeptanz muss in erster Linie im Wege des Verständnisses und der Anerkennung erfolgen.

F. Zusammenfassung und Stellungnahme

Zentral für die Stellung der Frau in der Verfassung ist Art. 22 Abs. 2 AfgVerf, der nach der hiesigen Auslegung neben der Rechtsanwendungsgleichheit auch eine Rechtssetzungsgleichheit garantiert. In einer patriarchalischen Gesellschaft, in der traditionell die meisten Frauen entrechtet werden, wäre es erforderlich, die Rechtssetzungsgleichheit ausdrücklich in der Verfassung zu verankern. Am Beispiel des schiitischen Familiengesetzes wird jedoch deutlich, dass allein die Konstituierung des Gleichheitssatzes in der Verfassung nicht genügt, um diskriminierende Regelungen zu verhindern. Entscheidend ist die Akzeptanz und

---

zur Erziehung der Kinder und zur Beseitigung von Traditionen, die den Bestimmungen der heiligen Religion des Islam widersprechen."

[363] *Kamali*, References to Islam and Women in the Afghan Constitution, S. 270 (300).

[364] *Roshan*, Recent Development, Berkeley Women´s L.J. 2004, S. 270 (285).

[365] *Roshan*, Recent Development, Berkeley Women´s L.J. 2004, S. 270 (286).

[366] *Poya*, Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan, Orient 2003, S. 367 (381 f.).

Umsetzung des Gleichheitsanspruchs in den parlamentarischen Institutionen, anderen staatlichen Stellen und der Bevölkerung selbst. Die Verfassung gibt einen Rahmen vor und garantiert ein Minimum an Rechten. Zur Durchsetzung einer tatsächlichen Gleichberechtigung bedarf es ihrer Akzeptanz und Durchsetzung in der afghanischen Bevölkerung. Afghanistan ist geprägt durch eine einseitig konservative Islamauslegung, patriarchale Stammestraditionen und militärische Herrschaft, die allesamt in Richtung einer gesellschaftlichen Marginalisierung der Frauen wirken.[367]

Erfreulich ist daher die Quotenregelung in den beiden Legislativkammern, die für ein Minimum an weiblichen Mitgliedern sorgt. Es bleibt abzuwarten, inwieweit diese Quotierung eine Verbesserung von Frauenrechten zur Folge hat

[367] *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (476).

Kapitel 4: Das Scheidungsrecht im Gefüge des Rechtspluralismus

Im folgenden Kapitel wird eine Normenkollision der verschiedenen Rechtsquellen anhand der Gleichberechtigung der Geschlechter im Scheidungsrecht untersucht. Der Begriff der Rechtsquelle kann in einem weiten und in einem engen Sinn aufgefasst werden. Der weite Begriff der Rechtsquelle umfasst alle Einflussfaktoren, die das objektive Recht maßgeblich prägen, während als Rechtsquelle im engeren Sinne nur anerkannt wird, was für den Rechtsanwender verbindliche Rechtssätze erzeugt.[1] Der Begriff der Rechtsquelle hängt eng mit dem Begriff des Rechts zusammen, denn Rechtsquelle kann nur das sein, was zuvor als Recht anerkannt wurde.[2] Da sich die vorliegende Arbeit in erster Linie mit den staatlich anerkannten Rechtsnormen auseinandersetzt, wird auch der Begriff der Rechtsquelle hier in einem engeren Sinne verstanden. Als wesentliche Normkomplexe kommen daher die Verfassung, Parlamentsgesetze, die von Afghanistan ratifizierten internationalen Verträge sowie das islamische Recht in Betracht. Gelangen die verschiedenen Rechtsnormen zum gleichen Ergebnis, bestehen zunächst keine Probleme. Konflikte treten da auf, wo sich widersprechende Normen berühren.

[1] *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 217.

[2] *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 217.

Kollisionen zwischen den verschiedenen Rechtsquellen sind auf zwei Ebenen anzutreffen: Zum einen auf der Ebene der Gesetzgebung und zum anderen auf der Ebene der Rechtsanwendung durch den Richter.

Die Annahme einer widerspruchsfreien „Wertungseinheit" der gesamten Rechtsordnung ist eine Illusion.[3] Dennoch sollte eine Rechtsordnung ein gewisses Maß an innerer Widerspruchsfreiheit anstreben. Kollidieren Normen unterschiedlicher Ebenen miteinander, bedürfen diese „Widersprüche" und Rechtsnormenkollisionen schon allein aus Gründen der Rechtssicherheit einer Klärung. Daher ist im Falle einer Normenkollision nach Lösungen zu suchen. Eine Möglichkeit hierfür ist die Hierarchie der Rechtsordnung, die für ein Rangverhältnis unter den Normen sorgt. Ziel dieses Kapitels ist es, mit Blick auf die bisher erzielten Ergebnisse der letzten Abschnitte dieser Arbeit eine Normenhierarchie für die afghanische Rechtsordnung aufzustellen.

Im Folgenden ist zunächst zu klären, welche Rechtsquellen bei der Gesetzgebung zu beachten sind (hierzu unter A.). Entscheidend ist in diesem Zusammenhang insbesondere, welchen rechtlichen Status und Rang die von Afghanistan ratifizierten menschenrechtlichen Verträge innerhalb der Rechtsordnung haben und ob sie etwa in der Lage sind, entgegenstehendes einfaches Recht zu verdrängen. Es stellt sich dann die Anschlussfrage, welcher Rang den nach Art. 3 AfgVerf in die Rechtsordnung inkorporierten Regelungen der *šarīʿa* zukommt und ob sie etwa in der Verfassung als höchste Rechtsquelle ausgewiesen sind.

Anschließend daran soll der Konflikt der für die Justiz verbindlichen Rechtsquellen gelöst werden (hierzu unter B.). Ausgangspunkt ist hierfür die Regelung des Art. 130 AfgVerf, die den Vorrang des staatlich gesetzten Rechts gegenüber den Bestimmungen der hanafitischen Rechtslehre statuiert. Dabei ist insbesondere klärungsbedürftig, ob auch die ratifizierten Menschenrechtsverträge im Hinblick auf die Gleichberechtigung der Geschlechter als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden können und somit unmittelbare Wirkung entfalten.

Aufgrund der Rechtssicherheit und des Vertrauens der Bürger in die Justiz müssen widersprüchliche Antworten der Rechtsordnung, besonders der Gerichte, vermieden werden. Daher ist die Erstellung einer Normenhierarchie für die afghanische Rechtsordnung sowohl bei der Gesetzgebung als auch bei der Anwendung durch die Justiz entscheidend.[4]

Schließlich wird auf die allgemeine Frage des Spannungsverhältnisses zwischen dem ratifizierten Völkervertragsrecht und dem Postulat der Islamkonformität aller Rechtsnormen eingegangen (hierzu unter C.). Dabei soll dargestellt werden, inwieweit diese Rechtswelten sich gegenseitig anerkennen. Schließlich ist zu

---

[3] *Rüthers/FischerBirk*, Rechstheorie, Rn. 278.

[4] Vgl. auch *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (267 f.).

prüfen, ob aus verfassungsrechtlicher Perspektive eine normative Pflicht zur menschenrechtsfreundlichen Auslegung der *šarī`a* abgeleitet werden kann.

A. Die Rechtsquellen der Gesetzgebung für das Scheidungsrecht

Im Folgenden ist zu prüfen, in welchem Verhältnis das einfachgesetzlich geregelte Scheidungsrecht zu den von der Verfassung vorgegebenen höherrangigen Rechtsnormen der unterschiedlichen Rechtsquellen für die Gesetzgebung steht. Das afghanische Scheidungsrecht wurde 1977 erstmals geregelt, ist also im Hinblick auf die jetzige Verfassung vorkonstitutionell. Dennoch muss es sich in inhaltlicher Hinsicht an die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Gesetzgebung halten. Diese Frage wird im Folgenden untersucht, soweit das Scheidungsrecht eine Ungleichbehandlung der Geschlechter vorsieht bzw. ermöglicht.

Zu beachten ist hierbei die in Art. 22 Abs. 2 AfgVerf konstituierte Rechtssetzungsgleichheit. Ferner bestimmt Art. 3 AfgVerf, dass kein Gesetz dem Glauben und den Bestimmungen der heiligen Religion des Islams widersprechen darf. Schließlich verlangt Art. 7 AfgVerf, dass der Staat die Charta der Vereinten Nationen, die von Afghanistan ratifizierten internationalen Verträge und Konventionen sowie die Allgemeine Menschenrechtserklärung achtet.

Zunächst werden die scheidungsrechtlich relevanten Bestimmungen des afghanischen Zivilgesetzbuches dargestellt (I.). Daran anschließend werden die für die Gesetzgebung verbindlichen Rechtsquellen benannt (II.). Sodann wird die Kollision der verschiedenen Rechtsquellen festgestellt (III.). Anschließend ist eine Lösung der Kollision mit Hilfe der Normenhierarchie zu suchen (IV.).

I. Das Scheidungsrecht nach dem afghanischen Zivilgesetzbuch (*Qānūn-e madani*)

1. Kurzer Abriss der Geschichte des Familienrechts in Afghanistan

Die staatliche Rechtssetzung ist in der afghanischen Geschichte durch vier Epochen gekennzeichnet:[5]

Die erste Periode betrifft die Zeit vor der Konstitutionalisierung Afghanistans. Die in dieser Zeit verabschiedeten Vorschriften basierten hauptsächlich auf den Bestimmungen der *šarī`a*, wobei in der Regel lediglich Übersetzungen der hanafitischen Rechtslehre in die afghanischen Amtssprachen vorgenommen wurden.[6]

---

[5] Siehe im Folgenden *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 35 ff.

[6] *Yassari,* Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 45 (54).

Die zweite Phase wird als die „*niẓāmnāma*-Periode“ beschrieben und dauerte von 1919-1929. Gekennzeichnet ist diese Periode durch Rechtssetzung in Form der *niẓāmnāma* durch den König Amanullah. Die Bezeichnung *niẓāmnāma* impliziert geschriebenes weltliches Recht, das jedoch gegenüber den Regelungen der *šarī`a* eine untergeordnete Stellung hat.[7] Unter anderem wurde in dieser Phase das Heiratsgesetz von 1921 und 1926 verabschiedet.[8] Durch die Kodifizierung begann das Nebeneinander von staatlichen Gesetzen und dem religiösen Recht.

Die dritte Phase wird als „*usūlnāma*-Periode“ bezeichnet und ist auf die zweite Verfassung Afghanistans von 1931 (*usūlnāma-e asāsi*) zurückzuführen. In dieser Periode wurden verschiedene Heiratsgesetze erlassen, die sich hauptsächlich mit der Beschränkung von Hochzeitsausgaben und anderen familiären Feiern beschäftigten.[9] Eine umfassende Kodifizierung des Familienrechts lag nicht vor. Auch wenn nur wenige Parlamentsgesetze eingeführt wurden, setzte sich die beschriebene Zweigliedrigkeit des Rechts fort.

Die vierte Phase ist schließlich die „*qānūn* Periode“.[10] Diese begann mit der 64er-Verfassung, *qānūn-e asāsi,* und dauert bis heute an. Dadurch, dass nunmehr das religiöse Recht nur dann angewandt wird, wenn der Sachverhalt nicht gesetzlich geregelt ist, kommt den staatlichen Gesetzen eine andere Qualität zu.[11] Auch das Heiratsgesetz von 1971[12] beschäftigte sich in erster Linie mit der Minderung von Hochzeitsausgaben.[13] Trotz des fortschrittlichen Charakters der 64er-Verfassung wurde das erste umfassende Zivilgesetzbuch Afghanistans erst im Jahre 1977 unter Präsident *Dāūd* verabschiedet. Es ist das größte Gesetzeswerk in der afghanischen Rechtsgeschichte.[14]

Zuvor wurden familienrechtliche Fragen vereinzelt durch verschiedene Gesetze geregelt. Darüberhinaus wurden die Regeln der hanafitischen Rechtsschule angewandt. Auch nach der Kodifizierung ist das Familienrecht in Afghanistan -

---

[7] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 36.
[8] *Yassari,* Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 45 (54).
[9] Siehe dazu *Yassari,* Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 45 (55 f.).
[10] *Kamali*, The Sharī`a in the Constitution with Reference to Personal Law, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 23 (35).
[11] Art. 102 AfgVerf. 1964; Art. 99 AfgVerf 1976; Art. 112 AfgVerf 1987; Art. 112 AfgVerf 1990; Art. 130 AfgVerf, Art. 131 AfgVerf.
[12] Das Heiratsgesetz von 1971 ist in englischer Sprache im Internet aufrufbar: http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/marriage_law_1971_english.pdf, zuletzt besucht am 2. Januar 2012.
[13] Vier Artikel sind jedoch auch erstmalig dem Scheidungsrecht gewidmet, wobei lediglich das islamische Scheidungsrecht des Ehemannes bestätigt wird und darauf verwiesen wird, dass dieser der Ehefrau ein Scheidungsrecht zusichern kann und dass darüber hinaus die Ehefrau gem. den religiösen Bestimmungen eine Scheidung beim zuständigen Gericht verlangen kann, vgl. Art. 32 – 35 des Heiratsgesetzes von 1971.
[14] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 42 f.

wie in den meisten anderen muslimischen Staaten - eine Domäne des traditionellen islamischen Rechts geblieben.[15]

2. Die Ausgestaltung des Zivilgesetzbuches von 1977

Nach der Verabschiedung der aktuellen Verfassung wurde das afghanische Zivilgesetzbuch von 1977 unverändert übernommen und ist damit 27 Jahre älter als die aktuelle Verfassung. Seine Vorschriften sind grundsätzlich an die Regelungen der hanafitischen Rechtsschule angelehnt, wobei auch einige Bestimmungen der malektischen Rechtsschule enthalten sind.[16] In einigen Punkten wurde es jedoch auch vom französischen „code civil" beeinflusst.[17] Die Art. 56-336 enthalten Regelungen zum Familienrecht. Die Einführung des Zivilgesetzbuches brachte einige spärliche Reformen auf dem Gebiet der Kindesheirat, der Polygamie und der Scheidung mit sich.[18]

Im Folgenden sollen die scheidungsrechtlich relevanten Bestimmungen des Zivilgesetzbuches überblicksartig dargestellt werden. Hinsichtlich einer vertieften Analyse der scheidungsrechtlichen Normen wird auf die schon bestehende Arbeit von *Kamali* verwiesen.[19]

3. Die scheidungsrechtlich relevanten Bestimmungen des Zivilgesetzbuches

Angelehnt an das islamische Recht, kennt das afghanische Zivilgesetzbuch (ZGB) vier Formen der Auflösung der Ehe: Dazu gehören das einseitige Verstoßungsrecht des Ehemannes (*talāq*), der Loskauf (*ḫulʿ*), die Anfechtung der Eheschließungserklärung *(fasḫ)* und die gerichtliche Trennung (*tafrīq)*.

a. Die einseitige Verstoßung durch den Ehemann (*talāq)*

Die einseitige Verstoßung ist in Art. 135-155 ZGB geregelt. Diese Regelungen lehnen sich weitgehend an die hanafitische Rechtslehre an.[20] Der Ehemann hat das Recht, seine Frau jederzeit zu verstoßen, ohne dass es dafür eines (besonderen) Grundes bedürfte. Die Scheidung kann mündlich oder schriftlich erfolgen, so

---

[15] Vgl. *Waletzki*, Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 117.

[16] *Yassari/Saboory*, Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, S. 273 (301).

[17] Das gilt insbesondere für die Geschäftsfähigkeit, das Registrierungserfordernis bei Angelegenheiten des Personenstandsrechts und des Wohnsitzes, siehe dazu *Yassari*, Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 45 (56).

[18] *Kamali*, The Sharī`a in the Constitution with Reference to Personal Law, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 23 (39); *Schneider,* Afghan Family Law, Yearbook of Islamic and Middle Eastern law 2005-2006, S. 209 (212); *Yassari/Saboory*, Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, S. 273 (301).

[19] Siehe dazu *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 184 ff.

[20] *Schneider,* Afghan Family Law, Yearbook of Islamic and Middle Eastern law 2005-2006, S. 209 (231).

dass eine bestimmte Form nicht vorgegeben ist.[21] Folglich ist auch keine Registrierung erforderlich.[22] Wie im klassischen islamischen Recht ist durch das einseitige Recht auf Verstoßung die Scheidung ein Privileg des Mannes geblieben.

Ein Unterschied zur klassischen hanafitischen Rechtslehre besteht darin, dass der Ausspruch der Scheidungsformel im Schlaf oder im Rausch nicht wirksam ist.[23] Das gilt auch für Fälle, in denen der scheidungsbegehrende Ehemann beispielsweise geisteskrank ist.[24] Ferner wird im afghanischen Scheidungsrecht nicht mehr ein dreimaliger Ausspruch der Scheidungsformel verlangt, ein einmaliges Äußern des Scheidungsbegehrens gilt als ausreichend.[25] Schließlich hat der Ehemann auch die Möglichkeit, seiner Ehefrau das Verstoßungsrecht unwiderruflich zu übertragen.[26]

b. Die Anfechtung der Eheschließungserklärung *(fasẖ)*

Bei der Trennung durch *fasẖ* wird die Eheschließungserklärung wegen fehlender Voraussetzungen des Ehevertrags angefochten.[27] Als Beispiel hierfür gilt die fehlende Zustimmung einer Partei zur Ehe oder eine Heirat ohne die Vereinbarung einer ausreichenden Morgengabe.[28] Auch die Regelungen des *fasẖ* lehnen sich an die hanafitische Rechtsschule an.[29]

c. Die Trennung durch ein Gericht (*tafrīq)*

Bei *tafrīq* handelt es sich um das gerichtliche Trennungsbegehren der Ehefrau.[30] Für eine gerichtliche Auflösung muss einer der vier folgenden Gründe vorliegen:[31] physische oder psychische Krankheit des Ehemannes,[32] psychischer oder physischen Schaden der Ehefrau durch die Ehe,[33] Nichterbringung der Unter-

---

[21] Art. 139 ZGB.
[22] *Schneider,* Afghan Family Law, Yearbook of Islamic and Middle Eastern law 2005-2006, S. 209 (232).
[23] Art. 138 ZGB; *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 184; *Schneider,* Afghan Family Law, Yearbook of Islamic and Middle Eastern law 2005-2006, S. 209 (231).
[24] Siehe hierzu die in Art. 141 Nr. 1-6 ZGB aufgezählten Ausschlussgründe.
[25] Art. 145 ZGB.
[26] Art. 142 f. ZGB.
[27] Art. 132 – 134 ZGB.
[28] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 184.
[29] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 184.
[30] Art. 176-197 ZGB.
[31] Näher hierzu siehe *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 185 ff.
[32] Art. 177 – 182 ZGB.
[33] Siehe zu den weiteren Voraussetzungen Art. 183-190 ZGB; nach Art. 87 ZGB liegt auch bei Verstoß gegen Art. 86 ZGB, der die Voraussetzungen für die Polygamie regelt, ein Schaden vor. Im Falle einer Polygamie hat der Ehemann die vorherige Zustimmung der Ehefrau einzuholen. Unterlässt er dies und heiratet erneut, führt dieser Umstand zu einem Scheidungsgrund nach Art. 87 ZGB. Folglich ist es der Ehefrau gestattet, eine gerichtliche Scheidung zu beantragen.

haltszahlung[34] und mindestens dreijährige Abwesenheit des Ehemannes ohne Entschuldigungsgrund.[35] Diese Form der Ehescheidung ist im Kontext des afghanischen Zivilgesetzbuches von besonderem Interesse, als erstmalig Regelungen der malekitischen Rechtsschule in der afghanischen Rechtsordnung kodifiziert worden sind.[36] Der Unterschied zwischen der malekitischen und der hanafitischen Rechtslehre im Scheidungsrecht besteht darin, dass ersteres der Ehefrau unter weniger strengen Voraussetzungen ein gerichtliches Scheidungsrecht gestattet. Beispielsweise ist die fehlende Unterhaltszahlung durch den Ehemann nach der hanafitischen Rechtsschule nicht als Scheidungsgrund anerkannt.[37] Der größte Unterschied zwischen der hanafitischen und malekitischen Rechtsschule besteht in der Bestimmung der Zeit für die Abwesenheit des Mannes.[38] Denn während nach der hanafitischen Rechtsschule 90 Jahre seit der Geburt des abwesenden Ehemanns zur Auflösung der Ehe vergangen sein müssen,[39] gewährt die malekitische Rechtslehre der Frau teilweise schon bei einjähriger bzw. bei dreijähriger Abwesenheit des Ehemannes das Recht, bei Gericht die Scheidung zu beantragen.[40]

d. Der Loskauf (*ḫulʿ*)

Schließlich ist auch der Loskauf (*ḫulʿ*) der Frau im ZGB geregelt.[41] Wie auch in der hanafitischen Rechtslehre hat die Ehefrau nach Zahlung eines bestimmten zu vereinbarenden Betrages das Recht, die Scheidung zu initiieren.[42] Der Loskauf stellt die einzige Möglichkeit für die Ehefrau dar, ohne das Vorliegen eines bestimmten Grundes, die Trennung zu beantragen.[43] Allerdings wird dieses Recht durch das Zustimmungserfordernis des Mannes eingeschränkt.[44] Damit hat es Afghanistan verpasst, zumindest in dieser Hinsicht das Scheidungsrecht, wie in zahlreichen anderen muslimischen Staaten, zu reformieren.[45] Allerdings ist zu

---

[34] Art. 191 – 193 ZGB.
[35] Art. 194 – 197 ZGB.
[36] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 184.
[37] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 187.
[38] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 188.
[39] *Rauscher*, Sharī`a, S. 111; *Esposito/DeLong-Bas,* Women in Muslim Family Law, S. 33 f.; *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 160.
[40] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 187.
[41] Art. 156 – 176 ZGB.
[42] *Kamali*, Islam and its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (40).
[43] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 170; *Yassari/Saboory*, Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, S. 273 (307).
[44] Vgl. Art. 161 ZGB.
[45] *Kamali*, Islam and its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (40); siehe zu den Reformen des Scheidungsrechts in anderen muslimischen Staaten Kapitel 3 B. I. 2. g. dd. (2).

beachten, dass die Reformen in Ländern wie Ägypten oder Marokko hinsichtlich des *ḫulʿ* auch erst im Jahre 2000 (Ägypten) sowie 2004 (Marokko) erfolgt sind und das afghanische Zivilgesetzbuch schon aus dem Jahre 1977 stammt und zum damaligen Zeitpunkt auch diese islamische Länder noch nicht für Reformen bereit waren.[46]

e. Zwischenergebnis

Dadurch, dass bezüglich der Regelung des *tafrīq* das afghanische Scheidungsrecht an die malekitische Rechtslehre angelehnt wurde, werden Frauen – im Vergleich zur hanafitischen Rechtsschule - mehr Rechte gewährt.[47] Darüber hinaus ist der afghanische Gesetzgeber von 1977 nicht den weiteren Reformen der islamischen Länder des Mittleren Ostens gefolgt.[48] Zumindest prozessuale Veränderungen, wie eine Scheidungsregistrierungspflicht oder eine obligatorische Scheidung durch das Gericht, wären wichtige Schritte zur Verbesserung der Rechte der Frau gewesen. Der afghanische Gesetzgeber hat sich vielmehr der Methode des *taqlīd* bedient, anstatt im Wege des *iǧtihād* reformorientierte Regelungen im Scheidungsrecht einzuführen. Zusammenfassend gilt, dass durch das einseitige Verstoßungsrecht des Mannes eine offensichtliche Ungleichbehandlung vorliegt.

II. Die verbindlichen Rechtsquellen für die Gesetzgebung und die Vereinbarkeit des afghanischen Scheidungsrechts mit ihnen

1. Die Beachtung der Bestimmungen der šarī`a *nach Art. 3 AfgVerf*

a. *šarī`a*-Konformität auch vorkonstitutioneller Gesetze

Nach Art. 3 AfgVerf darf kein Gesetz gegen die Bestimmungen der heiligen Religion des Islams widersprechen. Es wurde bereits festgestellt, dass der Begriff der „Bestimmungen…des Islams“ unbestimmt ist und verschieden interpretiert werden kann.[49] Sowohl eine systematische Interpretation als auch der Entstehungszusammenhang der Norm sprechen dafür, dass Art. 3 AfgVerf mit Bestimmungen des islamischen Rechts die *šarī`a* meint, ohne sich auf die Rechtslehre einer bestimmten Rechtsschule zu begrenzen.[50] Positiv hieran ist, dass damit insbesondere für den Gesetzgeber der Pluralismus des islamischen Rechts bestehen bleibt. So kann er sich der unterschiedlichen Meinungen der verschiede-

---

[46] Vgl. Kapitel 3 B. I. 2. g. dd. (2).
[47] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 158; *Schneider,* Afghan Family Law, Yearbook of Islamic and Middle Eastern law 2005-2006, S. 209 (212).
[48] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 196.
[49] Vgl. zu Art. 3 AfgVerf Kapitel 2 C II. 2. b. ee. (3).
[50] Vgl. Kapitel 2 C II. 2. b. ee. (3).

nen Rechtsschulen bedienen und hat zugleich die Möglichkeit, einer „modernen“ Interpretation des Islams offen gegenüberzustehen.

Da Art. 3 AfgVerf die *šarī`a*-Konformität aller Gesetze verlangt, gilt der Islam nicht nur als Rechtsquelle bei der Gesetzgebung, sondern auch vorkonstitutionelle Gesetze dürfen ihren Bestimmungen nicht widersprechen. Dadurch wird die *šarī`a* soweit in die innerstaatliche Rechtsordnung inkorporiert, als sich die innerstaatlichen Rechtsnormen im Rahmen der Bestimmungen der *šarī`a* zu halten haben.

b. Kompatibilität des afghanischen Scheidungsrechts mit der *šarī`a*

Da sich die Regelungen des afghanischen Scheidungsrechts weitgehend an Bestimmungen der hanafitischen und malekitischen Rechtsschule anlehnen, ist ein Verstoß gegen die *šarī`a* vorliegend nicht ersichtlich. Art. 3 AfgVerf legt sich auf keine bestimmte Rechtsschule fest und gewährt der rechtssetzenden Instanz einen gewissen Spielraum ein.

2. Die Verfassung als Rechtsquelle

a. Die Beachtung des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf

Im Hinblick auf etwaige Ungleichbehandlungen der Geschlechter hat der Gesetzgeber auch Art. 22 Abs. 2 AfgVerf zu beachten, denn neben einer Rechtsanwendungsgleichheit enthält die Vorschrift auch eine Rechtssetzungsgleichheit.[51] Dadurch, dass das uneingeschränkte Verstoßungsrechts des Mannes in Form des *talāq* gewährt wird, wird die Prärogative des Mannes im klassischen islamischen Recht aufrechterhalten.[52] Folglich ist die Frau nach wie vor nicht vor einer willkürlichen Ausübung der Verstoßungsformel durch den Mann geschützt. Durch diese Ungleichbehandlung verstoßen die Regelungen des afghanischen Scheidungsrechts gegen die in Art. 22 Abs. 2 AfgVerf konstituierte Rechtssetzungsgleichheit mit Blick auf die Geschlechter.

b. Kollision des Scheidungsrechts mit Art. 22 Abs. 2 AfgVerf

Mithin kollidieren die scheidungsrechtlichen Vorschriften des Zivilgesetzbuches mit Art. 22 Abs. 2 AfgVerf, insofern sie zwischen den Geschlechtern differenzieren.

---

[51] Siehe dazu Kapitel 3 B. I. 2.

[52] *Schneider,* Afghan Family Law, Yearbook of Islamic and Middle Eastern law 2005-2006, S. 209 (232).

3. Die Beachtung des Völkervertragsrechts nach Art. 7 AfgVerf

Nach der bisherigen Untersuchung wird das Völkervertragsrecht rechtsverbindlich in die afghanische Rechtsordnung aufgenommen.[53] Damit wird auch das Völkerrecht durch Verweisung in das innerstaatliche Recht inkorporiert, denn Normen können nicht nur durch unmittelbaren Erlass in einer Rechtsordnung Wirkung erlangen, sondern auch durch Inkorporation.[54] Allerdings erfolgt hieraus nicht automatisch aus der nationalen Sicht eine Rechtsverbindlichkeit für den Gesetzgeber im Rahmen seiner Rechtssetzung. Diese Bindung würde nur dann vorliegen, wenn das Völkervertragsrecht gegenüber den Parlamentsgesetzen Vorrang genießen würde. Auf diese Frage wird im Rahmen der Aufstellung des Stufenbaus der Rechtsordnung eingegangen werden.[55] Anders stellt sich die Verpflichtung des Gesetzgebers aus dem Blickwinkel des Völkerrechts dar, denn mit der völkerrechtlichen Ratifikation des Vertrages werden die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag für die Unterzeichnerstaaten verbindlich.[56] Die Vertragsstaaten handeln jedoch nicht selbst, sondern durch ihre Organe. Diese haben im Rahmen ihrer innerstaatlichen Zuständigkeiten die Verwirklichung des von einem völkerrechtlichen Vertrag geforderten Rechtszustandes herbeizuführen.[57] Diese Pflicht trifft daher als legislatives Staatsorgan auch den Gesetzgeber.

Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, mit welchen Regelungen der für Afghanistan verbindlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen die Ungleichbehandlung der Geschlechter im afghanischen Scheidungsrecht kollidiert. Zum einen ist hier schon das bereits geprüfte allgemeine Diskriminierungsverbot[58] zu beachten und zum anderen sind darüber hinaus hinsichtlich des Scheidungsrechts speziellere völkerrechtliche Normen herauszuarbeiten. Schließlich sind diese Rechte im Lichte ihrer Schranken zu untersuchen. In Betracht kommen die Regelungen des Zivilpakts und der Frauenrechtskonvention. Die Rangfrage wird sodann im Abschnitt zur Normenkollision behandelt.

a. Diskriminierungsverbote im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte

Der Zivilpakt nimmt in mehreren Regelungen Bezug auf die Gleichberechtigung zwischen Frau und Mann.[59] Art. 26 IPbpR enthält ein allgemeines Gleichheitsgebot und ein umfassendes Diskriminierungsverbot. Art. 2 Abs.1 und

[53] Vgl. Kapitel 2 C II. 2. a. bb. (1).
[54] *Schilling,* Rang und Geltung von Normen, S. 300.
[55] Siehe dazu Kapitel 4 A. III. 4. c.
[56] *Kunig*, Völkerrecht und staatliches Recht, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, S. 73 (120).
[57] Vgl. BVerfG, NJW 2005, S. 1765 (1766).
[58] Vgl. Kapitel 3 B. I. 1. a.
[59] Siehe dazu Kapitel 3 B. I. 2. f. cc.

Art. 3 IPbpR enthalten akzessorische Diskriminierungsverbote. Darüber hinaus ist die Gleichheit der Ehegatten in Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR normiert.

aa. Das allgemeine Gleichheitsgebot und umfassendes Diskriminierungsverbot des Art. 26 IPbpR

Nach der hiesigen Auslegung statuiert sowohl das allgemeine Gleichheitsgebot nach Art. 26 S. 1 IPbpR als auch das Diskriminierungsverbot nach Art. 26 S. 2 IPbpR die Bindung des Gesetzgebers, diskriminierungsfreie Normen zu erlassen.[60] Daher wird im Folgenden Art. 26 IPbpR als einheitliche Regelung geprüft.

Eine Diskriminierung liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:[61] Zunächst setzt der Begriff eine Ungleichbehandlung im Sinne einer Unterscheidung zwei vergleichbarer Sachverhalte voraus. Folge der Unterscheidung muss die Benachteiligung einer Person oder Personengruppe sein. Schließlich darf diese Unterscheidung nicht gerechtfertigt sein. Das afghanische Scheidungsrecht differenziert zwischen Männer und Frauen und benachteiligt dadurch die Frau. Eine Frau, die sich von ihrem Ehemann trennen will, befindet sich in der gleichen Situation wie ein Ehemann, der kein Interesse mehr an der Fortsetzung der Ehe hat. Die Tatsache, dem weiblichen Geschlecht anzugehören, trägt an sich nichts Negatives in sich. Damit verstößt die Ungleichbehandlung der Geschlechter im afghanischen Scheidungsrecht gegen Art. 26 IPbpR. Die Frage nach der Rechtfertigung wird im Anschluss an die materielle Prüfung geklärt.

bb. Keine Prüfung des Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 i.V.m. Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR

Art. 2 IPbpR verpflichtet die Vertragsstaaten, die im Pakt anerkannten Rechte unterschiedslos allen Menschen zugänglich zu machen. Daneben regelt Art. 3 IPbpR erneut die Gleichberechtigung der Geschlechter aller im Pakt festgelegten bürgerlichen und politischen Rechte. Bei geschlechtsspezifischen Diskriminierungen stellt Art. 3 eine spezielle und vorrangig anzuwendende Rechtsnorm dar.[62]

Bei beiden Vorschriften handelt es sich um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot.[63] Ein solches liegt nur dann vor, wenn für die jeweilige Differenzierungsgruppe der Schutzbereich eines der Rechte aus dem Pakt gegenüber einer

---

[60] Siehe dazu Kapitel 3 B. 2. f. cc. (3).

[61] Im Folgenden *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, S. 397 ff.

[62] Dazu *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 2 Rn. 34 und Art. 3 Rn. 10.

[63] Der Diskriminierungsbegriff ist wie bei Art. 26 Abs. 1 IPbpR zu verstehen. Die unterschiedliche Formulierung des Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 IPbpR hat keine praktische Relevanz, siehe dazu *Ramacharan*, Equality and Nondiscrimination, in: Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights, S. 246 (251 und 259).

Vergleichsgruppe verkürzt wird.[64] Im Pakt selbst wird das Scheidungsrecht nicht ausdrücklich geregelt. Allerdings verpflichten sich nach Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR die Vertragsstaaten, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Ehegatten gleiche Rechte und Pflichten bei der Eheschließung, während der Ehe und bei Auflösung der Ehe haben. Die Ehescheidung ist ein Fall der „Auflösung der Ehe".[65] Im Falle der Ehescheidung ist jede diskriminierende Regelung, die auf dem Geschlecht basiert, unzulässig. Das afghanische Scheidungsrecht gewährt aufgrund seiner geschlechtsspezifischen Unterscheidung nicht gleiche Rechte für Mann und Frau bei Auflösung der Ehe. Zu klären ist im Folgenden, ob Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR nur in Verbindung mit den akzessorischen Diskriminierungsverbote des Art. 3 IPbpR geprüft werden kann oder eine eigenständige Regelung darstellt. Um in Verbindung mit Art. 3 IPbpR geprüft werden zu können, müsste es sich bei Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR um ein materielles Recht handeln.[66]

Gegen eine Prüfung in Verbindung mit Art. 3 IPbpR könnte sprechen, dass es sich bei Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR selbst um ein spezifisches Recht auf Gleichheit bei Auflösung der Ehe handelt und deshalb keiner akzessorischen Prüfung bedarf. Ferner stellt Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR insofern eine Besonderheit dar, als die Regelung als einzige Bestimmung zu einer bloß progressiven innerstaatlichen Durchführung verpflichtet.[67] Folglich gewährt Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR kein subjektives Recht der einzelnen Ehegatten auf Beseitigung diskriminierender Regelungen.[68] Der Grundsatz der Gleichheit der Geschlechter im Ehe- und Familienrecht war so umstritten, dass der Entwurf des Vertrages diese Ausnahme der subjektiven Gewährleistungspflicht ausdrücklich verankert hatte.[69] Würde man demnach ein Diskriminierungsverbot nach Art. 3 i.V.m. Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR zulassen, würde damit die objektiv-rechtliche Dimension des Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR umgangen werden. Folglich wird hier nicht eine Verletzung des Art. 3 i.V.m. Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR geprüft.

cc. Gleichheit der Ehegatten bei Auflösung der Ehe, Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR

Allerdings gilt die Gleichheit der Ehegatten bei Auflösung der Ehe nach Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR als Bestandteil des Vertrages in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension gegenüber dem Staat. Die Vertragsstaaten verpflichten sich lediglich alle geschlechtsspezifisch diskriminierenden Bestimmungen aus dem

---

[64] *Büscher*, Gleichheit im Familienrecht, in: Verschraegen, Gleichheit im Familienrecht, S. 49 (67).
[65] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 23, Rn. 50.
[66] *Nowak,* CCPR Commentary, Art. 2, Rn. 3.
[67] *Nowak,* CCPR Commentary, Art. 2, Rn. 54.
[68] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 23, Rn. 48.
[69] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 23, Rn. 3.

Ehe- und Familienrecht allmählich zu eleminieren.[70] Daher ist diese Vertragspflicht nur verletzt, wenn die Vertragsstaaten entweder gar keine bzw. völlig unzureichende Maßnahmen zur Egalisierung des Eherechts treffen oder neue Ungleichheiten schaffen.[71] Es ist nicht ersichtlich, dass der afghanische Staat Maßnahmen vorgenommen hat, die eine Gleichstellung von Mann und Frau im Scheidungsrecht bestreben. Daher liegt ein Verstoß gegen Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR vor.

dd. Keine Rechtfertigungsmöglichkeit aus religiösen Gründen

Zu klären ist daher, ob ein Verstoß gegen Art. 26 IPbpR und in objektivrechtlicher Hinsicht auch gegen Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR gerechtfertigt werden kann. Der Pakt selbst enthält keine ausdrücklichen Schrankenvorbehalte. Nach Ansicht des UN-Menschenrechtsausschusses ist eine Differenzierung nur gerechtfertigt, wenn sie am Maßstab von „vernünftigen" und „objektiven" Kriterien erfolgt.[72] Da das afghanische Scheidungsrecht auf den Regelungen des klassischen islamischen Rechts basiert und diese Regelungen den Differenzierungsgrund darstellen, müsste die Religion ein „vernünftiges" und „objektives" Kriterium darstellen. Allerdings lehnt der Menschenrechtsausschuss sowohl die Tradition als auch die Religion als Rechtfertigungsgrund ab.[73] In seiner Allgemeinen Bemerkung 22 (48) hat er sich wie folgt dazu geäußert:

> *The Committee observes that the concept of morals derives from many social, philosphical and religious traditions; consequently, limitations on the freedom to manifest a religion or belief for the purpose of protecting morals must be based on principles not deriving exclusively from a single tradition. (…) The fact that a religion is recognized as a State religion or that it is established as official or tradition of that its followers comprise the majority of the population shall not result in any impairment of the enjoyment of any of the rights under the Covenant, including articles 18 and 27, nor in any discrimination against adherents of other religious or non-believers.*[74]

Dadurch hat sich der Menschenrechtsausschuss gegen religiös begründete Einschränkungen der Paktrechte gewandt und den universellen Charakter des Paktes hervorgehoben.[75]

---

[70] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 23, Rn. 48.
[71] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 23, Rn. 48.
[72] So der Menschenrechtsausschuss im Falle Broeks (B 172/1984), para 13 S. 2: "A differentiation based on reasonable and objective criteria does not amount to prohibited discrimination within the meaning of article 26."; siehe ferner etwa UN-AMR, EuGRZ 1989, S. 35 (37).
[73] Siehe ausführlich zur Beeinträchtigung der Paktregelungen durch religiöse und kulturelle Vorstellungen *Wense*, Der UN-Menschenrechtsausschuß, S. 109 ff.
[74] U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 4, Rn. 8 f. (1993).
[75] *Wense*, Der UN-Menschenrechtsausschuß, S. 110.

Anlässlich der Prüfung des zweiten iranischen periodischen Berichts kritisierte der Ausschuss unter anderem die Ungleichbehandlung von Frauen und gab zu erkennen, dass er auch die Besonderheiten eines islamischen Gottesstaates nicht als immanente Rechtfertigung für eine Begrenzung der Paktrechte anerkenne.[76] Ferner hat der Ausschuss in mehreren abschließenden Bemerkungen die Gleichbehandlung der Geschlechter angemahnt und war in keinem Falle bereit, kulturelle oder religiöse Bedingungen zu dulden.[77] Schließlich hat der Ausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung 28 zu Artikel 3 des Paktes im Jahr 2000 unter anderem traditionelle und religiöse Gründe als Rechtfertigung ausgeschlossen:

> *States parties should ensure that traditional, historical, religious or cultural attitudes are not used to justify violations of women's right to equality before the law and to equal enjoyment of all Covenant rights. (…)*[78]

Würde der Menschenrechtsausschuss die jeweiligen religiösen und kulturellen Vorstellungen als quasi paktimmanente Schranken berücksichtigen, hätte das die mögliche Gefährdung der universellen Umsetzung der im Pakt garantierten Rechte zur Folge.[79]

ee. Zwischenergebnis

Mithin verstößt das afghanische Scheidungsrecht gegen Art. 26 und Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR.

b. Die Frauenrechtskonvention

Die Frauenrechtskonvention enthält sowohl allgemeine Verpflichtungen für den Vertragsstaat, Diskriminierungen zu unterbinden als auch Diskriminierungsverbote für konkrete Lebensbereiche.

aa. Der Begriff der Diskriminierung

Art. 1 dieses Übereinkommens definiert den Begriff der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wie folgt:

> *In diesem Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck „Diskriminierung der Frau" jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, daß die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Familienstands – im politischen,*

---

[76] U.N. Doc. CCPR/C/79/Add. 25, Rn. 18 (1993).
[77] Siehe m.w.N. *Wense*, Der UN-Menschenrechtsausschuss, S. 109, Fn. 600.
[78] U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, Rn. 5 S. 2 (2000).
[79] *Wense,* Der UN-Menschenrechtsausschuss, S. 109.

wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.

Der Begriff der Diskriminierung setzt drei Grundelemente voraus: Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, einen Nachteil für die betroffenen Frauen und schließlich die Feststellung, dass die Ungleichbehandlung nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt oder unverhältnismäßig ist.[80] Die Ungleichbehandlung zwischen Mann und Frau im afghanischen Scheidungsrecht ist nachteilig für die Frau. Zudem ist sie nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt,[81] denn auch bei der Frauenrechtskonvention gelten die Interpretationsstandards, die inzwischen von internationalen Gerichten und Vertragsausschüssen für den Diskriminierungsbegriff entwickelt worden sind.[82] Wie aber bereits festgestellt, ist nach Ansicht des Menschenrechtsausschusses weder die Religion noch die Tradition ein objektives und vernünftiges Kriterium.[83] Folglich liegt eine Diskriminierung im Sinne des Art. 1 CEDAW vor.

bb. Gleichberechtigung bei Auflösung der Ehe, Art. 16 Abs. 1 lit. c) CEDAW

Für den Bereich des Familienrechts spezifiziert Art. 16 CEDAW den Gleichheitsgrundsatz. Damit wird der Rechtsstellung von Frauen in der Familie ein ganzer Artikel gewidmet.[84] Nach Art. 16 Abs. 1 lit. c) CEDAW gewährleisten die Vertragsstaaten auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau gleiche Rechte und Pflichten in der Ehe und bei deren Auflösung. Zwar hat sich der Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau (CEDAW-Ausschuss)[85] bisher noch nicht mit einer Ungleichbehandlung im Scheidungsrecht beschäftigt, in seiner Allgemeinen Empfehlung bringt er jedoch deutlich zum Ausdruck, dass unabhängig von jeglicher Tradition und Religion innerhalb eines Vertragsstaates die Behandlung von Frauen in der Familie sowohl nach dem Gesetz als auch im Privatleben mit den Grundsätzen der Gleichberechtigung und Gerechtigkeit für alle Menschen übereinstimmen müssen.[86] Folglich hat der

---

[80] *König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), ZESAR 2004, S. 214 (217).

[81] Vgl. insbesondere die Allgemeine Kommentierung Nr. 18 (1989) des Menschenrechtsausschusses des Zivilpaktes zur Nichtdiskriminierung gem. Art. 26 IPbpR, Rn. 7 u. 13, abgedruckt in: Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 6 vom 12. Mai 2003, S. 146 ff.

[82] *König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), ZESAR 2004, S. 214 (216).

[83] Siehe dazu Kapitel 4 B. II. 3.a. dd.

[84] *Schöpp-Schilling*, Die Effektivität der CEDAW, Die Friedens-Warte 1999, S. 204 (208).

[85] Der CEDAW-Ausschuss ist nach Art. 17 CEDAW eingesetzt worden. Er kann aufgrund der von den Vertragsstaaten eingegangenen Berichte und Auskünfte Vorschläge machen und Allgemeine Empfehlungen abgeben.

[86] Allgemeine Empfehlung Nr. 21 vom 4. Februar 1994, CEDAW A/49/38, Rn. 13.

CEDAW-Ausschuss dadurch auch mittelbar die Tradition und Religion als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung – zumindest im Bereich des Familienrechts – selbst abgelehnt. Darüber hinaus ist anlehnend an den Interpretationsstandards des Menschenrechtsausschusses die Religion oder Tradition kein rechtfertigender sachlicher Grund.[87]

cc. Umfang der Verpflichtungen der Vertragsstaaten

Art. 2 CEDAW legt den Vertragsstaaten Verpflichtungen zur Durchsetzung der Diskriminierungsverbote auf. Danach kommen die Vertragsstaaten darin überein, dass sie „mit allen geeigneten Maßnahmen unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau" verfolgen. In Art. 2 lit. a-g) CEDAW werden die konkreten Maßnahmen genannt, die zur Diskriminierungsbeseitigung erforderlich sind. Art. 2 lit. f) CEDAW verlangt, dass der Vertragsstaat zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau alle bestehenden diskriminierenden Gesetze aufheben soll. Zwar sind mittlerweile der rechtsverbindliche Charakter der vertragsstaatlichen Verpflichtungen und ihre Justiziabilität anerkannt, allerdings wird den Vertragsstaaten ein weiter Einschätzungsspielraum (*margin of appreciation*) eingeräumt.[88] Auch wenn man den Staaten einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Umsetzung seiner vertraglichen Verpflichtungen zugesteht, so sind dennoch keine konkreten Anhaltspunkte zur Beseitigung der Ungleichbehandlung der Geschlechter im Scheidungsrecht ersichtlich.

dd. Zwischenergebnis

Mithin verstoßen die Regeln des afghanischen Scheidungsrechts insbesondere gegen Art. 2 lit. f) und Art. 16 Abs. 1 lit. c) CEDAW. Ein solcher Verstoß könnte auch nicht durch einen Vorbehalt umgangen werden, denn der CEDAW-Ausschuss hat sowohl direkt an betroffene Vertragsstaaten als auch in seinen Allgemeinen Empfehlungen und sonstigen Stellungnahmen deutlich gemacht, dass Vorbehalte gegen Art. 2 und 16 CEDAW sowohl nach Art 28 Abs. 2 des Übereinkommens gegen „Ziel und Zweck" desselben verstoßen als auch nach dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge unzulässig sind.[89]

[87] Vgl. Kapitel 4 A. II. 3.a. dd.
[88] Vgl. *König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), ZESAR 2004, S. 214 (218).
[89] *Schöpp-Schilling*, CEDAW nach 25 Jahren, in: Zimmermann/Giegerich (Hrsg.), Gender und Internationales Recht, S. 137 (142).

c. Zwischenergebnis: Kollision des Scheidungsrechts mit den Menschenrechtsverträgen

Die Regeln des afghanischen Scheidungsrechts kollidieren insbesondere mit den Art. 26 und Art. 23 Abs. 4 IPbpR. Ferner liegt ein Verstoß gegen Art. 2 lit. f) und Art. 16 Abs. 1 lit. c) CEDAW vor. Nach Art. 23 CEDAW hat das Diskriminierungsverbot dieser Bestimmung Vorrang gegenüber anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen, da sie nur solche internationalen Verträge der Vertragsstaaten unberührt lässt, die über diese Konvention hinausgehend die Herbeiführung der Gleichheit von Mann und Frau zum Ziel haben. Der Menschenrechtsausschuss hingegen will den IPbpR allerdings selbst dann in vollem Umfang anwenden, wenn eine speziellere Konvention, wie hier die CEDAW, zum Tragen kommt.[90]

4. Normenkollision im scheidungsrechtlich relevanten Sachverhalt

Für das Vorliegen einer Normenkollision ist entscheidend, dass sich unmitelbar widerstreitende Rechtsfolgen bezogen auf einen identischen Sachverhalt feststellen lassen.[91] Das einfachgesetzliche Scheidungsrecht steht durch die Ungleichbehandlung der Geschlechter im Wesentlichen im Widerspruch zum völkerrechtlichen Diskriminierungsverbot und dem Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter bei Auflösung der Ehe sowie der verfassungsrechtlich garantierten Rechtssetzungsgleichheit nach Art. 22 Abs. 2 AfgVerf. Hingegen stimmen die Regelungen des Scheidungsrechts mit den Bestimmungen des klassischen islamischen Rechts weitgehend überein. Aus dieser Vielzahl von Normen sprudeln unterschiedliche Lösungen hinsichtlich der Gleichbehandlung der Geschlechter im Scheidungsrecht. Folglich liegt eine Kollision der verschiedenen Rechtsquellen vor.

III. Normenkollisionen und Ordnung von Normenkollisionen

Am Beispiel des afghanischen Scheidungsrechts ist „exemplarisch“ deutlich geworden, dass die afghanische „Gesamtrechtsordnung“ keine in sich widerspruchsfreie Regelungseinheit bildet. Dieser Zustand ist nicht nur auf den Ursprung der unterschiedlichen in die afghanische Rechtsordnung inkorporierten Rechtsnormen, wie das Völkervertragsrecht und die *šari`a,* zurückzuführen, sondern auch auf die Tatsache, dass die Rechtsnormen aus unterschiedlichen Zeiten stammt. Auch nach Inkrafttreten der aktuellen Verfassung bestehen weiterhin Gesetze aus verschiedenen historischen Perioden, von denen nur wenige durch neuere Gesetze ersetzt worden sind.[92] Beispielsweise besteht das Zivilgesetzbuch von 1977 aus der Ära Daoud Khans, die Zivilprozessordnung

---

[90] UN-AMR, EuGRZ 1989, S. 35 (36).
[91] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 266 ff.
[92] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert, Normative Pluralität ordnen, S. 257 (265).

von 1990 aus der kommunistischen Periode, aus der Talibanzeit besteht noch das Gesetz über Bedienstete der Islamischen Regierung Afghanistans von 1999 sowie das unter der neuen Verfassung entstandene Gerichtsorganisationsgesetz von 2005.[93] Neuere Gesetzentwürfe, die von internationalen Beratern stammen, erweitern dieses Bild.[94] Dazu gehören die aus den Federn italienischer Juristen stammende Übergangs-Strafprozessordnung von 2004 sowie das Anti-Drogen- und das Militärgesetz aus dem Jahr 2006.[95] Aber auch die Verfassung selbst gilt vielmehr als eine aus der Not getroffene „Kompromissformel" und weniger als ein durchdachtes System, das die Islamkonformität einerseits und das Völkervertragsrecht andererseits miteinander vereinbaren würde.[96]

Eine Möglichkeit, einen Widerspruch zu vermeiden, ist der Stufenbau der Rechtsordnung. Durch eine „systemkonforme Auslegung" im Rahmen des Stufenaufbaus der Rechtsordnung kann schon die Entstehung eines solchen Widerspruchs vermieden werden. Zunächst ist daher der Grundsatz des Stufenbaus der Rechtsordnung vorzustellen. Daran anschließend soll untersucht werden, inwieweit die Normenhierarchie eine Grundlage in der afghanischen Verfassung findet. Schließlich soll die Möglichkeit einer Vermeidung von Normwidersprüchen im Rahmen einer „systemkonformen Auslegung" aufgezeigt werden.

1. Der Stufenbau der Rechtsordnung

Die von von *Merkl*[97] stammende und von *Kelsen*[98] übernommene Lehre von der Hierarchie der Rechtsordnung ist ein anerkannter Bestandteil der westlichen Rechtsquellenlehre.[99] Danach haben nicht alle Normen den gleichen Rang, sondern sind in einer Rangordnung gegliedert. Der Stufenbau der Rechtsordnung wird unter anderem auf den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung zurückgeführt,[100] der im Zuge der Festigung der Nationalstaaten im späten 19. Jahrhundert entstanden ist.[101] In rechtstheoretischer Hinsicht dient die Ordnung von Rechtsnormen daher der Einheit der Rechtsordnung, denn nur eine in sich widerspruchsfreie Rechtsordnung erfüllt die Ordnungsfunktion des Rechts.[102] Der

---

[93] Vgl. *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert, Normative Pluralität ordnen, S. 257 (265 f.).
[94] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert, Normative Pluralität ordnen, S. 257 (266).
[95] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert, Normative Pluralität ordnen, S. 257 (266).
[96] Siehe dazu den Verfassungsgebungsprozess Kapitel 2 B.
[97] *Merkl*, Lehre von der Rechtskraft, S. 181 ff.
[98] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 228 ff.
[99] *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 123 ff.; *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen S. 159 ff.
[100] *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 396.
[101] *Kötter/Kühl/Mengesha*, Normative Pluralität ordnen?, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 11 (13).
[102] *Arnauld*, Rechtsicherheit, S. 252 ff.; *Kötter/Kühl/Mengesha*, Normative Pluralität ordnen?, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 11 (13).

Gedanke der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung gehört nunmehr zum festen Bestand juristischer Überzeugungen.[103] In der Tat ist auch die Einheit der Rechtsordnung notwendige Voraussetzung jeder systematischen Rechtsanwendung.[104] Ferner ist eine positive Rechtsordnung, die Normwidersprüche bestehen lässt, für jede Art von Unbilligkeit und Willkür offen.[105] Allerdings kann keine Rechtsordnung frei von Widersprüchen sein, denn sie ist nicht das Ergebnis volllkommener, mathematisch exakter Vernunft und bis alle Details durchdacht.[106] Vielmehr handelt es sich bei ihr in der Regel um ein historisch gewachsenes Normgefüge, das nicht auf einen einzigen Urheber zurückzuführen ist, sondern von einer Vielzahl von Normsetzern, die durch verschiedene Weltanschauungen geprägt sind, erschaffen worden ist.[107]

Die Tatsache, dass der Anspruch der Widerspruchslosigkeit einer Rechtsordnung nicht der Realität und insbesondere nicht der afghanischen Realität entspricht, steht der Erkenntnis nicht entgegen, dass die Einheit der Rechtsordnung im Sinne einer Rechtsordnung frei von Widersprüchen ein anzustrebendes Ziel sein sollte.[108]

Dieses sicherzustellen ist zum einen Aufgabe des Rechtsetzers, zum anderen aber auch Aufgabe des Rechtsanwenders bei Auslegung und Anwendung des Rechts.[109] Im Rahmen der Rechtsquellen hinsichtlich des Rechtssetzungsprozesses spielt der Stufenbau der Rechtsordnung insoweit eine Rolle, als auch mit Bezug auf die für die Gesetzgebung verbindlichen Rechtsquellen im Falle von widersprüchlichen Antworten hinsichtlich einer Rechtsfrage der Vorrang einer bestimmten Rechtsquelle zu klären ist.

Im Konfliktfall entscheidet der Rang einer Norm darüber, welche Norm sich durchsetzt. Bei Widersprüchen geht die höherrangigere Norm der niederrangigen Regelung vor („*lex superior derogat legi inferiori*“). Neben dieser Regel bestehen zwei weitere Kollisoinsregeln, mit denen Normenwidersprüche auf gleicher Ebene aufgelöst werden können.[110] Zum einen gilt, dass die speziellere Regelung der

---

[103] Vgl. nur *Dreier*, Einheit und Vielfalt der Verfassungsordnungen im Bundesstaat, in: Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts, S. 113 (115); *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 142 ff.; *Hattenhauer,* Zur Rechtsgeschichte und Dogmatik der Gesetzesauslegung, in: Zimmermann/Knütel/Meincke (Hrsg.), FS Seiler, S. 129 (142); *Kirchhof,* Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, S. 8 f.; *Larenz,* Methodenlehre, S. 166 f.; *Rittner,* Über die Notwendigkeit des rechtssystematischen Denkens, in: Ascheri u.a. (Hrsg.), „Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert“, FS Nörr, S. 805 (810).

[104] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 10 f.

[105] Siehe dazu *Schilling,* Rang und Geltung von Normen, S. 376.

[106] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 12.

[107] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 12 f.

[108] Vgl. *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 141.

[109] Vgl. *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 54.

[110] *Härtel*, Handbuch europäische Rechtsetzung, S. 312.

allgemeinen vorgeht („*lex specialis derogat legi generali*").[111] Zum anderen gilt, dass die spätere Regelung der früheren vorgeht („*lex posterior derogat legi priori*"). Diese Fragen sind insbesondere im Rahmen der Rechtsanwendung durch die Justiz, die im zweiten Abschnitt dieses Kapitels behandelt werden, relevant.

2. Anhaltspunkte für eine Hierarchie der Rechtsordnung in der afghanischen Verfassung selbst

Normative Anhaltspunkte für eine Einheitlichkeit der Rechtsordnung lassen sich auch in der afghanischen Verfassung finden: Art. 162 Abs. 2 AfgVerf bestimmt, dass mit Inkrafttreten der Verfassung Gesetze und gesetzliche Erlasse, die ihren Bestimmungen widersprechen, ungültig sind. In diesem Sinne ist auch die Möglichkeit der Normenkontrolle nach Art. 121 AfgVerf zu verstehen, nach der der Oberste Gerichtshof auf Antrag der Regierung oder der Gerichte Gesetze, Gesetzeserlasse, internationale Verträge und Konventionen auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüfen darf. Folglich gilt die Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsnormen und damit die Widerspruchslosigkeit der afghanischen Rechtsordnung im Allgemeinen als ein Verfassungspostulat.

3. Differenzierung zwischen Prinzipien- und Regelkollision

Für die Lösung von Kollisionsfällen innerhalb der Verfassung sind insbesondere die von *Ronald Dworkin* entwickelten Kanons zur Differenzierung von *rules* und *principles* bedeutsam,[112] denn die Abgrenzung zwischen diesen Erscheinungsformen der Normen erfolgt gerade nach ihrem Kollisionsverhalten:[113] Während bei Prinzipien die Konfliktbehebung durch Abwägung der widersprüchlichen Normen erfolgt, geschieht dies bei Regeln aufgrund der Sätze vom Vorrang insbesondere der *leges superior*, *specialis* und *posterior*. Die Konsequenz dieser Techniken ist, dass bei einer Regelkollision ein für alle Mal feststeht, welcher von zwei Normen der Vorrang gegenüber der anderen zukommt,[114] während bei einer Prinzipienabwägung die Geltung und Anwendbarkeit von Prinzipien generell unberührt ist.[115]

Principle definiert *Ronald Dworkin* als "standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality".[116] Eng verwandt zu diesen sind[117] „policies", die

---

[111] *Larenz*, Methodenlehre, S. 268 f.; *Zippelius*, Methodenlehre, S. 38 f.
[112] Siehe *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 22 ff.; vgl. *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 359.
[113] *Schilling*, Rang und Geltung von Normen, S. 397.
[114] *Alexy,* Theorie der Grundrechte, S. 77 f.
[115] *Schilling*, Rang und Geltung von Normen, S. 397.
[116] *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 22.
[117] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 360.

Dworkins als „that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community"[118] bezeichnet.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob Art. 7 AfgVerf als Prinzip oder als Regel gilt. Das gleiche ist auch für Art. 3 AfgVerf sowie für die Rechtsetzungsgleichheit nach Art. 22 Abs. 2 AfgVerf zu untersuchen.

a. Art. 7 AfgVerf als Prinzip?

Im 2. Kapitel wurde Art. 7 AfgVerf bereits als Staatszielbestimmung qualifiziert.[119] Es ist daher zu erforschen, wie sich diese Kategorisierung in Kollisionsfällen auswirken kann. Staatszielbestimmungen stellen jedoch eine Kombination von *principles* und *policies* im Sinne *Dworkins* dar.[120] Aufbauend hierauf sind für *Robert Alexy* Prinzipien als „Optimierungsgebote" Normen, die „gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maß realisiert wird"[121]. Regeln seien hingegen Normen, die „stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können"[122] Unter Heranziehung dieser Differenzierung stellen Staatszielbestimmungen Prinzipien in Form von Optimierungsgeboten *par excellence* dar.[123] Im Falle von Zielkollisionen kommen daher die Grundsätze über die Prinzipienkollision zur Anwendung.[124]

Allerdings handelt es sich hierbei um eine vereinfachte Darstellung der Rechtsrealität. Bei der konkreten Verfassungsauslegung kann es daher durchaus zu Differenzierungsschwierigkeiten kommen bzw. es können Normen mit Doppelcharakter auftreten. Beispielsweise können Staatszielbestimmungen aufgrund ihrer konkreten normativen Ausgestaltung zwingende Regelungen enthalten. Die ausnahmsweise Anwendung einer Staatszielbestimmung als Regel bedarf eingehender Begründung und ist nur dann ausführbar, wenn der Kerngehalt des Verfassungsziels letztlich nur durch eine bestimmte Maßnahme zu verwirklichen ist und sonstige Verfassungsnormen nicht entgegenstehen.[125] Das ist bei Art. 7 AfgVerf der Fall, denn nach dem im 2. Kapitel Gesagten sind alle drei Gewalten in Afghanistan auch aus innerstaatlicher Sicht rechtsverbindlich verpflichtet, die von Afghanistan ratifizierten völkerrechtlichen Verträge zu beachten. Auch sonstige Verfassungsnormen stehen dieser Zuordnung nicht entgegen. Daher handelt es sich bei Art. 7 AfgVerf ausnahmsweise um eine Regelung, so dass bei

---

[118] *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 22.
[119] Siehe Kapitel 2 C.II. 2. a. dd. (2).
[120] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 360.
[121] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 f.
[122] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 76.
[123] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 361.
[124] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 361.
[125] *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 362.

Kollisionen die oben genannten Konfliktbehebungstechniken angewandt werden können.

b. Art. 3 AfgVerf als Regel

Einfacher ist die Kategorisierung von Art. 3 AfgVerf, der die Islamkonformität aller „Gesetze" in Afghanistan verlangt. Hierbei handelt es sich um eine zwingende Regelung, denn die Einhaltung dieser Vorgaben kann entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden. Folglich werden auch hier zur Lösung von Konflikten die Grundsätze über Regelkonflikte angewandt.

c. Art. 22 AfgVerf als Regel

Auch bei der in Art. 22 Abs. 2 AfgVerf statuierten Rechtssetzungsgleichheit handelt es sich um eine zwingende Regelung, so dass auch hier eine Regel vorliegt.

d. Zwischenergebnis

Hier handelt es sich nicht um eine Prinzipien-, sondern um eine Regelkollision. Daher sind die Sätze *lex superior*, *specialis* und *posterior* anzuwenden.

4. Der Stufenbau der Rechtsquellen für den Gesetzgeber

Im Folgenden ist der Stufenbau der oben dargestellten Rechtsquellen für den Gesetzgeber nach der *lex superior* Regel zu untersuchen. Ein Schwerpunkt hierbei bildet die Frage nach der Umsetzung und des Ranges des Völkervertragsrechts in der afghanischen Rechtsordnung, insbesondere sein Verhältnis gegenüber Parlamentsgesetzen. Für den Gesetzgeber ist im Rahmen der Rechtssetzung diese Regel nur verbindlich, wenn es sich hierbei um einen Übergesetzesrang handelt.

a. Der Vorrang der Verfassung

Um den Vorrang der Verfassung begründen zu können, sind Art. 121 AfgVerf und 162 AfgVerf zu analysieren. Art. 121 AfgVerf regelt zwar in erster Linie die Normenkontrollkompetenz des Obersten Gerichtshofs, aus der Befugnis zur Überprüfung der Vereinbarung völkerrechtlicher Regelungen mit der Verfassung ergibt sich der Vorrang der Verfassung gegenüber dem Völkervertragsrecht, den Gesetzen und Gesetzeslerasse.[126] Den Vorrang der Verfassung gegenüber Gesetzen und Gesetzeserlassen wird auch in Art. 162 AfgVerf statuiert. Damit würde in Kollisionsfällen der Verfassung stets Vorrang eingeräumt.

Nicht erklären lässt sich durch diese Verfassungsregelung insbesondere das Verhältnis zwischen den einfachen Parlamentsgesetzen und dem Völkervertrags-

[126] Vgl. Kapitel 2 C. II. 2. a.

recht auf der einen Seite und der in Art. 3 AfgVerf erwähnten Bestimmungen des islamischen Rechts auf der anderen Seite.

b. Art. 3 AfgVerf als oberstes Konstitutionsprinzip

Aus Art. 121 AfgVerf könnte der Vorrang der Verfassung gegenüber religiösem Recht folgen, denn sonst müsste das Normenkontrollverfahren ausdrücklich heissen, dass Gesetze, Gesetzeserlasse und internationale Verträge in ihrer Vereinbarung mit der Verfassung und den Bestimmungen des Islams überprüft werden müssen. Gegen diese Sichtweie spricht jedoch, dass die Beachtung der Bestimmungen der *šarī`a* schon durch die Konstituierung des Art. 3 AfgVerf erfolgt. Nach der hier getroffenen Auslegung des Art. 3 AfgVerf ist der darin verwendete Begriff für Gesetze, „*qānūn*", weit zu verstehen, so dass er auch die Verfassung beinhaltet. Damit müssen alle positiven Rechtsnormen *šarī`a*konform sein. Die Überprüfung der Vereinbarung von Gesetzen und internationalen Verträgen mit der Verfassung und damit auch mit Art. 3 AfgVerf beinhaltet mittelbar die Überprüfung der *šarī`a*-Konformität von Gesetzen und internationalen Verträgen.

c. Das Verhältnis des Völkerrechts zur afghanischen Rechtsordnung

Zu klären ist ferner, wie sich das Völkervertragsrecht in die afghanische Rechtsordnung einfügt. Insbesondere ist zu klären, ob auch der Gesetzgeber an die Bestimmungen des Völkervertragsrechts gebunden ist, denn nur dann würden auch aus innerstaatlicher Sicht die diskriminierenden Regelungen des afghanischen Scheidungsrechts gegen das Völkervertragsrecht verstoßen. Bei einem Gleichrang wäre der Gesetzgeber aus innerstaatlicher Sicht nicht an die Regelungen des Völkervertragsrechts gebunden. Dann würden im Rahmen der Rechtsanwendung die allgemeinen Kollisionsregeln des *lex specialis*, *lex posterior* und etwa *lex posterior generalis non derogat legi prior specialis* herangezogen.

Um zu klären auf welche Weise sich das Völkervertragsrecht in die Normenhierarchie einfügt, sind folgende Fragestellungen zu beantworten: Zunächst ist das allgemeine Verhältnis von Völkerrecht und der afghanischen Rechtsordnung zu kategorisieren. In diesem Rahmen ist die innerstaatliche Wirkung des Völkerrechts anhand allgemeiner Theorien des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht einzuordnen. Die Analyse ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern hat auch praktische Auswirkungen auf die Interpretation des Völkerrechts durch afghanische Institutionen, wie beispielsweise den Obersten Gerichtshof, denn wird das Völkervertragsrecht weiterhin als Völkerrecht gesehen, richtet sich das Inkrafttreten, die Änderung und Auslegung dieser Bestimmungen nach völkerrechtlichen Regelungen.[127] Aber auch für die Frage des Inkrafttretens eines

[127] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 32.

völkerrechtlichen Vertrages ist diese Kategorisierung entscheidend. Denn wird das Völkervertragsrecht nicht in die nationale Rechtsordnung transformiert, kommt als Zeitpunkt des Zustandekommens in diesem Fall nur noch ein Inkrafttreten auf internationaler Ebene in Betracht.[128] Anders ist das, wenn das Völkervertragsrecht in das staatliche Recht „transformiert" wird. Dann handelt es sich um nationales Recht, das nach nationalen Kriterien ausgelegt wird. Die Beantwortung dieser Thematik ist auch deswegen von Bedeutung, weil in der bisherigen Afghanistanliteratur diese Frage nicht entsprechend analysiert worden ist. Sodann ist der Rang des Völkerrechts in der afghanischen Rechtsordnung zu ermitteln.

aa. Das Verhältnis des Völkerrechts und nationalem Recht aus der Perspektive der afghanischen Rechtsordnung

(1) Das allgemeine Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht

Zur Bestimmung des Verhältnisses von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht ist in der westlichen Völkerrechtswissenschaft[129] lange ein dogmatischer Streit geführt worden.[130] Hierbei stellt sich insbesondere die Frage, ob beide Rechtsgebiete selbständig nebeneinander stehen, ob sie in Teilbereichen miteinander verknüpft sind oder ob zwischen ihnen ein Hierarchieverhältnis besteht.[131] *Triepel* erkannte schon 1899, dass es zwei theoretische Ansatzpunkte für die Erkärung des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht gibt, nämlich den sogenannten dualistischen und den monistischen Ansatz. Diese beiden Ausgangspunkte prägten die Diskussion um die Erklärungsversuche des Verhältnisses dieser Rechtsordnungen. Die Lehre bemüht sich jüngst aus dieser dogmatischen Diskussion loszulösen.[132] Die Bedeutung des Theorienstreits hat daher nachgelassen.[133] Aus den bereits genannten Gründen soll diese Fragestellung dennoch für die afghanische Rechtsordnung geklärt werden.

Die vorliegende Arbeit versucht nicht einer der Theorien den Vorzug zu geben, da dies bereits in der völkerrechtlichen Literatur nicht gelungen ist.[134] Beide Theorien können ihrerseits Argumente für ihre Geltung aufweisen, ohne dass es ihr gelingt die Argumente der Gegenseite vollständig zu entkräften.[135] Zunächst soll der Theorienstreit dargestellt werden. Im Anschluss werden die völkerrechtsrelevanten Bestimmungen der afghanischen Verfassung behandelt.

---

[128] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 70.
[129] Vgl. *Ahl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge, S. 44; *Herdegen*, Völkerrecht, S. 175.
[130] *Herdegen*, Völkerrecht, S. 164; *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 13.
[131] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 35.
[132] *Brownlie,* Principles of Public International Law (2003), S. 33.
[133] *Herdegen*, Völkerrecht, S. 164 f.
[134] So auch *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 35.
[135] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 35; *Wagner,* Monismus und Dualismus, AöR 1989, S. 213.

(a) Die Lehre des Monismus

Die *monistische* Theorie geht auf *Wilhelm Kaufmann* zurück, der in jeder Norm des Völkerrechts eine höhere Ordnung sah, weil sie der Verfügungsgewalt des Staates entzogen sei.[136] Fundiert begründet wurde sie jedoch erstmalig von *Kelsen,* der Völkerrecht und innerstaatliches Recht als Elemente eines zusammenhängenden, geschlossenen Systems ansah.[137] Danach muss es eine Norm geben, die allen Rechtsordnungen zugrunde liegt. Diese Norm (Grundnorm) ist die gemeinsame Quelle einer normativen Ordnung.[138] Folglich gilt, dass höherrangige Normen ohne Weiteres den niederrangigen Normen vorgehen und Maßstab für diese sind. Diese Grundnorm kann entweder die Verfassung der Staaten oder das Völkerrecht sein.

Aus diesen beiden Positionen haben sich in der Literatur zwei Varianten des Monismus entwickelt, nämlich der Monismus mit Staatsprimat[139] und der Monismus mit Völkerrechtsprimat. Nach der Variante des Staatsprimats steht das Völkerrecht unter dem Vorbehalt entgegenstehenden Verfassungsrechts.[140] Dieser Ansatz wird jedoch kaum mehr vertreten.[141] Er ist heute auch nicht mehr haltbar, denn würde das Landesrecht bestimmen, ob eine völkerrechtliche Norm gültig ist oder nicht, wäre das Völkerrecht keine Rechtsordnung mehr, da eine solche nicht bestehen kann, wenn jedes Rechtssubjekt darüber entscheidet, ob die Rechtsordnung gilt.[142] Darüber hinaus gibt das Völkerrecht in Form des *ius cogens* zwingendes Recht vor, dass auch nicht durch völkerrechtlichen Vertrag abbedungen werden darf. Diese Tatsache widerspricht schon der Annahme, dass der Geltungsgrund des Völkerrechts die nationale Verfassung ist.[143]

Der Monismus mit Völkerrechtsprimat sieht das Völkerrecht als die Grundnorm an und löst einen Widerspruch zwischen Völkerrecht und Landesrecht immer zugunsten des Völkerrechts. Während der radikale Monismus völkerrechtswidriges innerstaatliches Recht stets als nichtig ansieht, begnügt sich der gemäßigte mit einem Anwendungsvorrang des Völkerrechts.[144] Letzeres entspricht der überwiegenden Ansicht unter den Monisten.

Zur Frage, auf welche Weise das Völkerrecht innerstaatlich gelten soll, folgt die monistische Sicht dem Prinzip der unmittelbaren Geltung, da ja nach ihrer

[136] *Kaufmann*, Rechtskraft, S. 77.

[137] *Kelsen* (Tucker Hrsg.), Principles of International Law 1966, S. 553; *Kelsen*, Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, ZaöRV 1958, S. 234.

[138] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 196 f.

[139] Vertreter dieser Ansicht waren insbesondere *Pohl,* Völkerrecht, S. 4 und *Wenzel,* Grundprobleme, S. 344 f..

[140] *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, S. 55.

[141] *Herdegen*, Völkerrecht, S. 171.

[142] *Doehring,* Völkerrecht, Rn. 700.

[143] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 38.

[144] *Streinz*, in: Sachs, GG, Art. 25, Rn. 12.

Ansicht Völkerrecht und Landesrecht einer einheitlichen Rechtsordnung angehören. Hingegen bestehen hinsichtlich des Vollzugs von Völkerrecht unterschiedliche Modelle.[145] Nach der Adaptionstheorie nimmt das nationale Recht das Völkerrecht in die eigene Rechtsordnung auf, ohne seine Umwandlung zu verlangen.[146] Das Rangverhältnis bestimmt sie nicht. Vielmehr muss das durch das nationale Recht geklärt werden. Die Vollzugstheorie setzt für die innerstaatliche Anwendung einen Vollzugsbefehl voraus. Das Völkerrecht bleibt zwar seinem Geltungsgrund nach internationales Recht, es findet aber erst über eine „Öffnungsklausel" Eingang in das nationale Recht.[147] Insbesondere Belgien, Frankreich, Österreich und die Schweiz folgen dem monistischen Prinzip.[148] Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts sieht Art. 59 Abs. 2 GG inzwischen im Sinne eines Rechtsanwendungsbefehls an.[149]

(b) Die Lehre des Dualismus

Die Lehre des *Dualismus* wurde erstmalig von *Triepel*[150] begründet. Danach sind Völkerrecht und nationales Recht eigenständige und voneinander unabhängig existierende Rechtsordnungen.[151] Auch wenn sich Sachbereiche dieser Rechtsordnungen überschneiden würden, so entstammten sie doch unterschiedlichen Rechtsquellen. Während das Völkerrecht prinzipiell Regeln zwischen Gleichrangigen enthalte (*Kooperations- bzw. Koordinationsrecht*),[152] sei das nationale Recht prinzipiell von der Hoheitsgewalt des Staates gegenüber seinen Bürgern geprägt (*Subordinationsrecht)*.[153] Aus nationaler Sicht sei die Verfassung die höchste Rechtsnorm, während die Geltung des Völkerrechts nicht von den innerstaatlichen Rechtsordnungen abhänge. Der radikale Dualismus ging sogar so weit, dass er Kollisionen zwischen den beiden Rechtskreisen ausschloss, so dass sich widersprechendes nationales Recht und Völkerrecht als parallel fortgeltend betrachtet werden konnten.[154] Heute wird nach herrschender Meinung der gemäßigte Dualismus vertreten.[155] Auch dieser sieht das Völkerrecht und das nationale Recht als zwei getrennte Kreise an, erkennt aber zugleich deren Überschneidungen oder Ineinandergreifen. Bei Kollisionen dieser Rechtsgebiete

[145] *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, S. 56.
[146] *Stein/von Buttlar* , Völkerrecht, S. 56.
[147] *Stein/von Buttlar* , Völkerrecht, S. 56.
[148] *Holzer*, Die Ermitlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 21.
[149] BVerfGE 128, S. 326 (367).
[150] *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, S. 111.
[151] *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, S. 111 f.
[152] *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, S. 18 und 22.
[153] *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, S. 12.
[154] *Streinz*, in: Sachs, GG, Art. 25, Rn. 12.
[155] *Doehring,* Völkerrecht, S. 304; *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, S. 234.

bleibt nach dieser Ansicht der innerstaatliche Akt zunächst wirksam, der Staat macht sich aber unter Umständen völkerrechtlich haftbar.[156]

Bezüglich des Vollzugs völkerrechtlicher Normen in der nationalen Rechtsordnung bestimmt die dualistische Sichtweise, dass sie durch einen Hoheitsakt in eine Regel des Landesrechts umgesetzt werden (sog. Transformationstheorie). Bei völkerrechtlichen Verträgen geschieht dies in der Regel in Form von Parlamentsgesetzen, die mit den Verträgen inhaltlich gleich sind.[157] Für das Völkergewohnheitsrecht besteht in der Regel eine Generalklausel in der Verfassung. Die Rangfrage wird aus innerstaatlicher Sicht geklärt, indem dem transformierten Völkerrecht ein bestimmter Stellenwert zukommt.[158] Zahlreiche Staaten, insbesondere die Bundesrepublik Deutschland, Italien, Österreich, aber auch die romanischen und die ehemaligen sozialistischen Staaten folgen dem dualistischen System.[159]

(c) Zwischenergebnis: Favorisierung „gemäßigter" Ansichten

Beide Ansichten könne nicht mehr in ihrer extremen Form vertreten werden. Zwar sind in dieser Form ihre theoretischen Ausgangspunkte verschieden geblieben, die Rechtsfolgen stimmen dagegen weitgehend überein:[160] Der „gemäßigte" Monismus akzeptiert nunmehr, dass völkerrechtswidriges Landesrecht eine vorläufige Geltung behält, bis das Völkerrecht nach den jeweiligen innerstaatlichen Regeln inkorporiert und völkerrechtswidriges Recht nach den hierfür vorgesehenen nationalen Verfahren beseitigt ist.[161] Zu diesem Ergebnis führt auch der „gemäßigte" Dualismus im Ergebnis. Danach gilt das dem Völkerrecht entgegenstehende Landesrecht grundsätzlich nur vorläufig, weil die Staaten verpflichtet seien, innerstaatlich eine völkerrechtsmäßige Lage herzustellen.[162] Aber auch in ihrer gemäßigten Form sind sie schwer geeignet die komplexe Staatenpraxis zu erfassen.[163] Es gibt sowohl Staaten, die ihr System als monistisch bezeichnen, als auch welche, die von einer dualistischen Struktur ausgehen.[164] Andere wiederum verkörpern die Elemente beider Systeme. In der Praxis überwiegt jedoch der Dualismus.[165] Das Völkerrecht selbst favorisiert weder die

[156] *Stein/von Buttlar* , Völkerrecht, S. 57.
[157] *Stein/von Buttlar* , Völkerrecht, S. 57.
[158] *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, S. 57.
[159] *Bleckmann*, Völkerrecht, S. 135.
[160] *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 14.
[161] *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 14.
[162] *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 14.
[163] Vgl. *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (35).
[164] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 45.
[165] *Doehring*, Völkerrecht, S. 304.

eine noch die andere Ansicht, sondern gibt lediglich die Beachtung des Völkerrechts in der nationalen Rechtsordnung als Ziel vor.

Michael Schoiswohl hat in einem Textvergleich mit mehr als 40 Staaten, die in ihren Verfassungen das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht behandeln, festgestellt, dass sich mehr als ein Drittel dieser Verfassungen für einen Primat des Völkerrechts entscheiden.[166] Dabei beinhaltet die Mehrheit der Verfassungen eine allgemeine Inkorporationsklausel, nach der das Völkerrecht[167] einen Teil des nationalen Rechts darstellt.[168] Nur einige Verfassungen enthielten allgemeine Regelungen, in denen sie grundsätzlich die Verpflichtung des Staates, das Völkerrecht zu beachten, manifestieren.[169] Vor allem „neuere" Verfassungen öffnen sich dem Völkerrecht und bekunden sogar seinen Primat über das nationale Recht.[170]

(2) Keine Regelung zur innerstaatlichen Wirkung des Völkerrechts

Im Folgenden ist zu untersuchen, inwiefern die afghanische Rechtsordnung Elemente dieser Theorien verkörpert. Die Art und Weise der Umsetzung völkerrechtlicher Verträge regelt die Verfassung nicht. Bislang ist kein Fall

---

[166] Vgl. zu den einzelnen Verfassungen und ihren Regelungen *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (36, Fn. 44).

[167]An dieser Stelle können mit Völkerrecht entweder nur die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie das Völkergewohnheitsrecht oder nur das Völkervertragsrecht oder auch beides gemeint sein, *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (37).

[168] Art. 9 (i.V.m. Art. 16, 50, 65 und 66) der österreichischen Verfassung von 1920; Art. 148 der aserbaidschanischen Verfassung von 1995; Art. 37 der bahrainischen Verfassung von 1973; Art. 5 der bulgarischen Verfassung von 1991; Art. 5 der kroatischen Verfassung von 1998; Art. 10 und 52 der tschechischen Verfassung von 1992; Art. 3 der estonischen Verfassung von 1992; Art. 25 der deutschen Verfassung von 1949; Art. 28 der griechischen Verfassung von 1975; Art. 70 der kuwaitischen Verfassung von 1962; Art. 7 und 138 der litauischen Verfassung von 1992; Art. 118 der mazedonischen Verfassung von 1991; Art. 144 der Verfassung von Namibia von 1990; Art. 93 der niederländischen Verfassung von 1983; Art. 80 der Verfassung von Oman von 1996; Art. 141 der Verfassung von Paraguay von 1992; Art. 8, 87 und 91 der polnischen Verfassung von 1997; Art. 8 der portugiesischen Verfassung von 1976; Art. 11 der rumänischen Verfassung von 1991; Art. 15 der russischen Verfassung von 1993; Art. 8 der slowenischen Verfassung von 1998; Art. 231, 232 und 233 der südafrikanischen Verfassung von 1996; Art. 6 der südkoreanischen Verfassung von 1948; Art. 96 der spanischen Verfassung von 1978; zitiert nach *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in:Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (37, Fn. 45).

[169] Art. 5 der albanischen Verfassung von 1998; Art. 15 der Verfassung von Angola von 1992; Art. 10 der italienischen Verfassung von 1947 und Art. 10 der mongolischen Verfassung von 1992, zitiert nach *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in:Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (37, Fn. 46).

[170] *Vereshchetin*, New Constitutions, EJIL 1996, S. 29 (32 ff.).

bekannt, in dem sich der Oberste Gerichtshof mit der in seiner Kompetenz stehenden Fragen des Völkerrechts beschäftigt. Aus dem Gespräch mit dem Richter des Obersten Gerichtshofs, *Bahauddin Baha*, ergibt sich, dass seiner Meinung nach das Völkervertragsrecht im Rang unterhalb der Parlamentsgesetze steht.[171] Eine rechtsdogmatische Begründung lieferte er dafür allerdings nicht. Damit bevorzugt er einen Monismus mit Staatsprimat, der in der heutigen Staatenpraxis so nicht haltbar ist. Auch die bisherigen Verfassungen Afghanistans enthalten keine entsprechende Regelung. Im internationalen Vergleich ist das nicht unüblich, denn einige Staaten kennen keine geschriebene verfassungsrechtliche Normierung der innerstaatlichen Durchführung von Völkervertragsrecht.[172] Die Gründe hierfür mögen vor allem in dem Wunsch nach einer flexiblen Handhabung der innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts liegen.[173] Im afghanischen Kontext gibt es dafür zwei Gründe: Zum einen ist der Mangel an rechtstechnischen Kenntnissen auf afghanischer Seite dafür ursächlich und zum anderen das ambivalente Verhältnis verschiedener Gruppierungen zum Völkerrecht während des Verfassungsgebungsprozesses.[174] Auch einfachgesetzliche Regelungen über die innerstaatliche Anwendung von Völkervertragsrecht sind im afghanischen Kontext nicht ersichtlich.

(3) Weitere Bezüge der Verfassung zum Völkerrecht

Da eine ausdrückliche Regelung fehlt, ist zu klären, ob diese Frage im Wege der Analyse anderer Normen gekärt werden kann. Die Wirkung des Völkervertragsrechts im innerstaatlichen Recht beginnt nicht erst mit dem Vorliegen einer für das nationale Recht verbindlichen völkerrechtliche Vertragsnorm, sondern schon die Modalitäten seines Abschlusses haben innerstaatliche Auswirkungen:[175] Die Art der Beteiligung der Staatsorgane beim Vertragsabschluss beeinflussen die später eintretenden innerstaatlichen Wirkungen des Vertrages.[176] Beispielsweise kann die Beachtung des innerstaatlichen Zustimmungsverfahrens als Voraussetzung für die Geltung von Vertragsnormen im Landesrecht angesehen werden.[177] Auch die Tatsache, welches Staatsorgan die Vertragsabschlusskompetenz besitzt, kann etwas über den Rang aussagen, den eine Vertragsnorm in der innerstaatlichen Normenhierarchie hat.[178]

---

[171] Gespräch mit *Bahauddin Baha* am 11. März 2009 in Kabul.
[172] *Cassese*, Modern Constitutions and International Law, Recuiel des Cours 1985, S. 331 (395).
[173] *Ahl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge, S. 189.
[174] Vgl. Kapitel 2 B.
[175] *Ahl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge, S. 67.
[176] *Jackson*, Status of Treaties in Domestic Legal Systems, American Journal of International Law 1992, S. 310 (315, 323 f.).
[177] *Ahl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge, S. 67.
[178] *Ahl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge, S. 67.

Über die allgemeine Regelung des Art. 7 AfgVerf hinaus enthält die Verfassung in Art. 64 Nr. 17 und 90 Nr. 5 AfgVerf Kompetenzregelungen hinsichtlich des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge und seiner Ratifikation.

Im Folgenden wird die horizontale Kompetenzverteilung zwischen den Staatsorganen der Islamischen Republik Afghanistan zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge untersucht. Aus ihnen folgend wird das Verhältnis des Völkerrechts in der afghanischen Rechtsordnung analysiert.

(a) Die Kompetenzverteilung zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge

(aa) Allgemein

Bevor auf die Regelungen der afghanischen Verfassung eingegangen wird, sollem im Folgenden einige grundsätzliche Aspekte zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge erläutert werden. Dabei soll zunächst die innerstaatliche Verfahrensart erklärt werden. Daran anschließend wird die Kompetenzverteilung nach der Staatenpraxis und schließlich der Begriff der Ratifikation erläutert.

Hinsichtlich des Verfahrens zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge wird zwischen dem zusammengesetzten und einfachen Verfahren unterschieden. Beim Ersten müssen vom Aushandeln des Vertragstextes bis zur Herbeiführung der völkerrechtlichen Bindungswirkung mehrere Verfahrensstufen durchlaufen werden, an denen grundsätzlich verschiedene Staatsorgane beteiligt sind. Die völkerrechtliche Verbindlichkeit wird in der Regel durch die als völkerrechtliche Ratifikation bezeichnete förmliche Zustimmungserklärung des Staatsoberhaupts herbeigeführt.[179] Letzteres liegt vor, wenn dasjenige Staatsorgan, das den Vertragstext festlegt, bereits mit der Unterzeichnung die völkerrechtliche Verbindlichkeit des Vertrages herbeiführt.[180]

In der Staatenpraxis fällt die Kompetenz zur Unterzeichnung und Ratifikation völkerrechtlicher Verträge in den Aufgabenbereich der Exekutive.[181] Auch die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) teilt diese Aufgabe der Exekutive zu.[182] Die Mitwirkungsmöglichkeit der Legislative beschränkt sich meist auf ein Genehmigungsverfahren, wobei das Ausmaß sich in den jeweiligen Staaten unterscheidet.[183]

---

[179] *Ahl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge, S. 67.

[180] *Stein/von Buttlar,* Völkerrecht, S. 17.

[181] *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 22.

[182] BGBl. 1985 II, S. 926; Afghanistan hat die WVK nicht ratifiziert, aber am 23.5.1969 unterzeichnet; zur Vertragsabschlusskompetenz regelt Art. 7 WVK, dass sie von verschiedenen Personen wahrgenommen werden kann. Kraft ihres Amtes kann das Staatsoberhaupt, der Regierungschef und der Außenminister gem. Art. 7 (2) a) WVK dazu berechtigt sein.

[183] Siehe dazu *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 22 ff.

Die Vertragsabschlusskompetenz ist mit dem Begriff der Ratifikation verbunden und dieser Begriff bringt insbesondere im Hinblick auf die afghanische Verfassung spezifische Probleme mit sich. Die Ratifikation im Sinne des völkerrechtlichen Vertragsrechts bedeutet, dass der Vertrag zu seiner Gültigkeit einer besonderen Hinterlegung der Vertragsurkunden durch die Vertragspartner bedarf. Erst hiernach ist der Vertrag völkerrechtlich wirksam.[184] Teilweise wird der Ratifizierungsbegriff ungenau benutzt, wenn die Genehmnigung oder Zustimmung zum Vertrag durch die nationalen Parlamente der Vertragspartner gemeint ist.[185] Diese stellt aber nur eine nach nationalem Recht vorgesehene Vorbedingung für die völkerrechtliche Ratifikation dar. Diese innerstaatliche Zustimmung ist innerstaatlicher Natur und entfaltet lediglich innerstaatliche Rechtswirkung. Inwieweit eine Zustimmung des Gesetzgebers auf nationaler Ebene erforderlich ist, überlässt das Völkerrecht den Staaten.[186] Die völkerrechtliche Ratifikation, die einen nach außen gerichteten Akt darstellt, muss also von der Genehmigung durch das jeweilige Parlament deutlich getrennt werden.[187]

(bb) Unklare Kompetenzverteilung zwischen der Exekutive und der Legislative

Die afghanische Verfassung klärt nicht eindeutig das Verfahren zum Abschluss und Ratifikation völkerrechtlicher Verträge: Nach Art. 64 Nr. 17 AfgVerf erteilt der Staatspräsident nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen Vollmacht zum Abschluss „zwischenstaatlicher Verträge".[188] Gleichzeitig hat nach Art. 90 Nr. 5 AfgVerf die Nationalversammlung die Befugnis zur Ratifikation von internationalen Verträgen und Abkommen bzw. Kündigung der Mitgliedschaft Afghanistans. Auf den ersten Blick erscheint es, dass der Staatspräsident die Vollmacht zur Unterzeichnung eines völkerrechtlichen Vertrages erteilt, während der völkerrechtliche Ratifikationsakt von der Nationalversammlung vorgenommen wird. In der Staatenpraxis obliegt jedoch der vökerrechtliche Akt der Unterzeichnung und Ratifikation der Exekutive und nicht der Legislative.[189]

Daher ist es vorliegend nicht auszuschließen, dass es bei der Formulierung „Ratifikation" nach Art. 90 Nr. 5 AfgVerf um die innerstaatliche Zustimmungserklärung handelt. In beiden Fällen würde es sich um ein zusammengesetztes Verfahren handeln, da nicht schon mit der Unterzeichnung die völkerrechtliche Verbindlichkeit herbeigeführt wird, sondern zur völkerrechtlichen Bindungswirkung mehrere Verfahrensstufen durchlaufen werden. Die Wahl dieser Begrifflich-

---

[184] *Doehring*, Völkerrecht, S. 149.
[185] So *Doehring*, Völkerrecht, S. 149.
[186] *Doehring*, Völkerrecht, S. 309.
[187] *Verdross*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, S. 51.
[188] Diese Regelung basiert auf den in der Staatenpraxis geltenden Grundsatz, dass die völkerrechtliche Vertretungsbefugnis auf einer ausdrücklich erteilten (oder sich aus den Umständen ergebenden) Bevollmächtigung der handelnden Personen beruht, vgl. Art. 7 Abs. 1 WVRK.
[189] Vgl. Kapitel 4 A. III. 4. c. (3).

keiten könnte auf Übersetzungsfehlern zurückzuführen sein. Die offizielle englische Überetzung des Art. 64 Nr. 17 AfgVerf lautet:

> *Issue credential letter for conclusion of international treaties in accordance with the provisions of the law.*

Art. 90 Nr. 5 AfgVerf lautet:

> *Ratification of international treaties and agreements, or abrogation of the membership of Afghanistan to them.*

Demnach differenziert auch die englische Übersetzung zwischen "conclusion" und "ratification". Eine systematische Differenzierung dieser Begrifflichkeiten wird somit auch aus der englischen Übersetzung nicht deutlich. Der Originaltext des Art. 64 Nr. 17 AfgVerf auf Paschto lautet wie folgt:

> *De qānūn la hakmūno sara sam de dawlatoono termanz de māedo de aqt lepāra de bāwar likoono warkawal.*

Auf Dari:

> *Atāye etebār nāma ba Gharase aqt māedāt baynel dowl metābeq ba akāme qānūn.*

Der Originaltext auf beiden Sprachen lässt auf keine große Differenzierung mit der deutschen Übersetzung schließen, denn auch auf Paschto und Dari wird der Abschluss („*aqt*") zwischenstaatlicher Verträge reguliert.[190]
Der Originaltext auf Paschto in Art. 90 Nr. 5 AfgVerf lautet:

> *De dawlatoono termanz tal'oono aw baynelmelali mischaqūno tasdīq aw ya la agho cecha de afghānistān belawal.*

Auf Dari:

> *Tasdīqe māedat wa mīschāqhāye baynel melali yā fas`chelāqe afghānistān ba ān.*

Für den deutschen Begriff der Ratifikation wird auf beiden Amtssprachen „*tasdīq*" verwendet.

Wird angenommen, dass Art. 64 Nr. 17 AfgVerf mit „Abschluss" die völkerrechtlich wirksame Unterzeichnung eines Vertrages meint, ist darauf zu verweisen, dass der Beriff des „*tasdīq*" nach Art. 90 Nr. 5 AfgVerf nicht zwingend mit „Ratifikation" im völkerrechtlichen Sinne übersetzt werden kann, denn im rechtlichen Sinne kann er auch Bestägigung, Einverständnis oder auch Zustimmung bedeuten.[191] Hierbei handelt es sich nicht um völkerrechtliche verbindliche Handlungsformen, sondern vielmehr Beschlüsse im staatsrechtlichen Sinne. Es ist

---

[190] Paschto: „*…de dawlatoono termanz de māedo…*" und Dari: „*māedāt baynel dowl*"; der Begriff der internationalen Verträge, wie aus der englischen Übersetzung stammend, wird nicht verwendet.
[191] Vgl. auch *Nesbat*, Rechtswörterbuch Persisch-Deutsch, S. 113.

daher auch möglich, dass es sich bei dem Ratifikationsbegriff um eine staatsrechtliche Terminologie handelt. Für eine solche Sichtweise spricht die englische Übersetzung, die sowohl für die Verabschiedung von Gesetzen nach Art. 90 Nr. 1 AfgVerf[192] als auch im Rahmen völkerrechtlicher Verträge die Formulierung „ratification“ gewählt hat. Das zeigt, dass auch in der englischen Version der Verfassung der Begriff der „ratification“ nicht nur als völkerrechtlich erhebliche Erklärung verstanden wird, sondern für gewisse Handlungsformen des Parlaments verwendet wird. Ein anderes Ergebnis würde der starken verfassungsrechtlichen Stellung des Staatspräsidenten widersprechen. Schließlich ist die dominierende Stellung des afghanischen Präsidenten dem US-Einfluss während des Verfassunggebungsprozesses zu zuschreiben, und auch in den Vereinigten Staaten werden die Verträge von der Exekutive ausgehandelt und ratifiziert.[193]

Gegen diese Auslegung spricht ein Vergleich zur Verfassung von 1977. Danach erteilt der Staatspräsident die Vollmacht zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge und unterzeichnet sie.[194] Die Ratifikationskompetenz hat das Parlament.[195] Der Vergleich zur aktuellen Verfassung zeigt, dass sich letztendlich Art. 64 Nr. 17 AfgVerf an die Verfassung von 1977 anlehnt, allerdings ohne den letzten wichtigen Zusatz, dass der Staatspräsident den völkerrechtlichen Akt der Unterzeichnung vornimmt. Diese Problematik zeigt erneut, dass der Behandlung des Völkerrechts in der afghanischen Rechtsordnung sehr wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die fehlende Unterzeichnung durch den Staatspräsidenten auf ein Redaktionsversehen zurckzuführen ist. Mithin ist hiernach die Unterzeichnung von der Exekutive vorzunehmen, während die völkerrechtliche Ratifikation vom Parlament vorgenommen wird. Diese Auslegung schließt es nicht aus, dass der Begriff der „Ratifikation“ in einem doppelten Sinne verstanden wird: einmal in seinem völkerrechtlichen und einmal in einem innerstaatlichen. Demnach werden auf nationaler Ebene völkerrechtliche Verträge in Afghanistan stets in einem mehrphasigen Verfahren abgeschlossen. Die internationale Praxis zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge zeigt jedoch, dass lediglich für den Abschluss bedeutsamer völkerrechtlicher Verträge eine

---

[192] Art. 90 Nr. 1 AfgVerf lautet wie folgt: "The National Assembly shall have the following duties: 1. Ratification, modification or abrogation of laws or legislative decrees".
[193] Die Verfassung der Vereinigten Staaten teilt völkerechtliche Verträge in verschiedene Arten von Übereinkommen ein: Während "treatie"s im Sinne von Art. II S. 2, subs. 2 der Verfassung bedürfen des advice and consent of the Senate um ratifiziert werden zu können, gelten für "executive agreements" andere Genehmigungsverfahren bis hin zur Kompetenz des Präsidenten selbständig Übereinkommen abzuschließen, siehe dazu *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 31.
[194] Vgl. Art. 78 Nr. 15 2. HS. AfgVerf 1977.
[195] Vgl. Art. 62 Abs. 2 AfgVerf 1977.

Zustimmung der Legislative erforderlich ist.[196] Eine solche Differenzierung ist auch für die afghanische Verfassung empfehlenswert. Zudem regelt die afghanische Verfassung auch nicht, mit welcher Mehrheit das Parlament eine „Ratifikation" nach Art. 90 Nr. 5 AfgVerf durchführen kann.

(cc) Vertragsabschlusspraxis seit der Verabschiedung der Verfassung von 2004

Um die Kompetenzverteilung zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge bestimmen zu können, wäre über die Verfassungsnormen hinaus eine Analyse der afghanischen Staatenpraxis seit der Verabschiedung der Verfassung erforderlich gewesen. Leider fehlt es hier an dem Zugang zu den erforderlichen Dokumenten.[197]

Soweit liegt ein Vertrag vor, der detaillierte Angaben zu den beteiligten Parteien macht: Der Vertrag über freundschaftliche Zusammenarbeit und gute nachbarschaftliche Beziehungen zwischen China und Afghanistan[198], der am 14. August 2008 in Kraft getreten ist, wurde auf afghanischer Seite von Präsident *Hamid Karzai* unterzeichnet.[199] Art. 64 Nr. 17 AfgVerf wird demnach so ausgelegt, dass der Präsident nicht nur die Vollmacht zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge erteilt, sondern sie auch selbst unterzeichnen kann. Bezüglich der Ratifikation heisst es wie folgt:

> *The Standing Committee of China´s National People`s Congress and Afghan National Assembly finished the discussions and ratified the treaty in succession.*

Nach dem chinesischen Recht muss der Ständige Ausschuss vor Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages die innerstaatliche Zustimmung dazu erteilen.[200] Daher kann sich dieser Verweis auch bezüglich des afghanischen Parlaments lediglich auf das innerstaatliche Verfahren beziehen. Eine endgültige Einordnung in eine staatliche bzw. völkerrechtliche Terminologie ist daraus nicht zu entnehmen.

(dd) Zwischenergebnis

---

[196] Vgl. *Wildhaber*, Treaty-Making Power and Constitution, S. 72 ff.; *Ahl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge, S. 68.

[197] Recherchen im Internet bezüglich detaillierter Angaben zu Afghanistan als Unterzeichnerstaat waren vergeblich. Auf Anfragen bei staatlichen Stellen wurde ich teilweise weitergeleitet, allerdings endeten auch die darin, dass sich niemand verantwortlich fühlte. Leider war das Ergebnis von Anfragen an in Afghanistan tätigen ausländischen Organisationen nicht erfreulicher.

[198] Treaty of China-Afghanistan Friendship, Cooperation and Good-neighborly Relations, am 19. Juni 2006 unterzeichnet.

[199] Der Vertrag ist im Internet über die Internetpräsenz des afghanischen Außenministeriums unter http://mfa.gov.af/Content/files/Afghanistan-China%20Frienship%20accord.pdf, aufrufbar, zuletzt am 21. Juli 2012 aufgerufen.

[200] Siehe dazu *Ahl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge, S. 80 f..

Weder aus den Bestimungen der afghanischen Verfassung noch aus der Staatenpraxis Afghanistans sind klare Regelungen zur Vertragsabschlusskompetenz zu entnehmen. Unter diesen Umständen wird davon ausgegangen, dass der völkerrechtliche Akt der Unterzeichnung von der Exekutive nach Art. 64 Nr. 17 AfgVerf vorgenommen wird. Die „Ratifikation" nach Art. 90 Nr. 5 AfgVerf ist in einem doppelten Sinne zu verstehen: Sie erfasst sowohl die völkerrechtliche Ratifikation als auch die innerstaatliche Zustimmungserklärung. Diese undurchsichtige Kompetenzverteilung kann letztendlich nur durch den Verfassunggeber selbst beseitigt werden.

(b) Einordnung in die Kategorie des Monismus

Nunmehr ist das Verhältnis der afghanischen Rechtsordnung zum Völkerrecht zu ordnen. Entscheidend hierbei ist, ob das Völkerrecht im Sinne der monistischen Theorie als direkte Quelle des Rechts angesehen wird oder sie nach der dualistischen Theorie einer Transformation in die innerstaatliche Ordnung bedarf. Die Verfassung enthält keine Generalklausel zur Transformation des Völkervertragsrechts. Daher ist zu untersuchen, ob andere Transformationsformen vorgesehen sind. In Betracht kommt eine Transformation durch Gesetz oder in Form einer Veröffentlichungspflicht internationaler Verträge.

Eine Form der Transformation liegt vor, wenn die Zustimmung der Nationalversammlung nach Art. 90 Nr. 5 AfgVerf als Transformationsakt qualifiziert würde. Dann müsste darin ein Transformationsakt im Sinne eines Zustimmungsgesetzes gesehen werden.[201] Allerdings geht aus dem Wortlaut des Art. 90 Nr. 5 AfgVerf nicht eine Gesetzesform hervor, denn die Gesetzgebungskompetenz durch die Nationalversammlung ist ausdrücklich in Art. 90 Nr. 1 AfgVerf geregelt. Die weiteren „Befugnisse" der Nationalversammlung sind hingegen in Art. 90 Nr. 2-6 AfgVerf geregelt. In diesen Fällen bringt sie ihren Willen in einer anderen Form zum Ausdruck und eben nicht in einer Gesetzesform. Wenn die Verfassung an einigen Stellen ausdrücklich die Gesetzesform verlangt, während dies an anderer Stelle nicht der Fall ist, so ist es folgerichtig, die Erforderlichkeit der Gesetzesform da zu verneinen, wo die Verfassung sie nicht ausdrücklich vorsieht.[202] Die Mitwirkungspflicht des Parlaments beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge beschränkt sich in monistischen Staaten meist auf ein Genehmigungsverfahren, in welchem die Zustimmung zu einem bereits ausformulierten Vertragstext entweder erteilt oder verweigert wird.[203] Nach dem bisher Gesagten handelt es sich hierbei um eine innerstaatliche Zustimmung

[201] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 67.
[202] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 68.
[203] *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 22.

des Parlaments in Form eines Beschlusses und keines Gesetzes, so dass durch diesen Beschluss keine Transformation vorliegt.

Eine weitere Form der Transformation könnte in einer Veröffentlichungspflicht der internationalen Verträge im nationalen Gesetzesblatt zu sehen sein.[204] Das wäre dann der Fall, wenn die afghanische Rechtsordnung die Veröffentlichung internationaler Verträge vorschreiben würde und es sich dabei um einen normativen Akt handelt, durch den der internationale Vertrag erst Bestandteil der afghanischen Rechtsordnung wird.[205] Eine Veröffentlichungspflicht internationaler Verträge ist jedoch nicht der afghanischen Verfassung zu entnehmen. Auch in der afghanischen Verfassungsgeschichte ist eine solche Verpflichtung nicht ersichtlich. Allerdings schreibt Art. 5 Nr. 4 des ersten Teils des Gesetzes über die Veröffentlichung und Durchseztung legislativer Dokumente eine Veröffentlichung internationaler Verträge vor.[206] Darin heisst es:

> *The following documents shall be published in the official gazette:*
>
> …
>
> *International contracts, agreements and protocols to which the Islamic Republic of Afghanistan is a signatory as well as the decrees about their approval.*[207]

Es ist also zu klären, ob diese Regelung das Völkerrecht in die afghanische Rechtsordnung im Sinne einer Transformation einführt und daher konstitutitver Natur ist. Geht man hiervon aus, würde es sich bei der afghanischen Rechtsordnung um eine dualistische handeln. Aus monistischer Perspektive beurteilend müsste die Veröffentlichungspflicht lediglich als Voraussetzung der Anwendbarkeit der Norm im innerstaatlichen Bereich gelten.[208]

Dafür, dass der Veröffentlichung keine normative Wirkung im Sinne einer Transformation zukommt, spricht in systematischer Hinsicht Art. 9 des Gesetzes

---

[204] Die spanische Verfassung verlangt nach Art. 96 Abs. 1 die Veröffentlichung internationaler Verträge. Allerdings ist umstritten, ob diesen eine rechtliche Wirkung im Sinne einer Transformation zukommen sollte, siehe dazu *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 53 ff; zur rechtlichen Qualifikation der Veröffentlichungspflicht von Vertragstexten in China siehe *Ahl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge, S. 234 ff.

[205] Vgl. *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 53.

[206] Law on the Publication and Enforcement of Legislative Documents in the Islamic Republic of Afghanistan, 1999 Official Gazette no. 787, im Internet auf englisch aufrufbar unter http://www.rolafghanistan.esteri.it/NR/rdonlyres/84DB03B7-844E-4B06-9E55-72623C469200/0/LawontheLegislativeProcess.pdf, zuletzt aufgerufen am 21. Dezember 2011.

[207] Einige völkerrechtliche Verträge sind in diesem Rahmen auf afghanischer Sprache veröffentlicht, Siehe dazu die Übersicht einiger im afghanischen „Official Gazette" publizierter völkerrechtlicher Verträge Afghanistans auf der Seite des Justizministeriums auf Dari, http://www.moj.gov.af/?lang=da&p=lable61, zuletzt aufgerufen am 4. Mai 2011.

[208] Auf völkerrechtlicher Ebene kommt jedoch einer Veröffentlichungspflicht in der nationalen Rechtsordnung keinerlei Bedeutung zu, da ein Staat mit der Ratifikation des Vertrages dazu verpflichtet ist, diesen einzuhalten, vgl. *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 55.

über die Veröffentlichung und Durchseztung legislativer Dokumente. Dieser lautet wie folgt:

> *The legislative documents as set forth in Article 5 shall come into force as of the date of publication in the official gazette unless provided otherwise in the legislative documents themselves. The international contracts, agreements and protocols shall be subject to their own special law.*

Nach S. 1 dieser Regelung treten daher Gesetze, die auch zu den „legislative documents" gehören,[209] erst ab Veröffentlichung im afghanischen Gesetzesblatt in Kraft. Versteht man diese Regelung demnach so, dass Gesetze erst mit der Veröffentlichung in der afghanischen Rechtsordnung gültig sind, kann dann einer Veröffentlichung normative Wirkung zugesprochen werden. Nach Art. 94 Abs. 1 AfgVerf kommt grundsätzlich ein Gesetz durch Beschluss beider Kammern der Nationalversammlung und Unterzeichung durch den Staatspräsidenten zu Stande. Daher ist wohl eher anzunehmen, dass die afghanische Rechtsordnung im Hinblick auf die Veröffentlichung von Gesetzen zwischen der Gültigkeit der Norm und ihrer Anwendungsfähigkeit im innerstaatlichen Bereich differenziert.

Aber auch wenn die Veröffentlichungspflicht von Gesetzen konstitutiv eingestuft wird, gilt nach Art. 9 S. 2 des Gesetz über die Veröffentlichung und Durchseztung legislativer Dokumente, dass das Völkervertragsrecht seinen eigenen, also den völkerrechtlichen Regeln unterworfen ist. Daher kommt der Veröffentlichung völkerrechtlicher Verträge keine rechtssetzende Qualität zu. Da auch die Verfassung selbst nicht eine Veröffentlichung vorschreibt, würde bei der Annahme eines normativen Akts die Gültigkeit des Völkervertragsrechts in der afghanischen Rechtsordnung vom Wohlwollen der Beatem des Justizministeriums abhängig sein.[210] Der Veröffentlichungspflicht kommt höchstens die Wirkung einer aufschiebenden Bedingung dahingehend zu, dass der Vertrag zwar in der Rechtsordnung rechtsgültig ist, seine unmittelbare Anwendbarkeit jedoch von der Veröffentlichung abhängig ist.

Die Verfassung sieht mit Hinblick auf eine Transformation keine weiteren normativen Akte vor, so dass das afghanische Umsetzungssystem nur monistischer Art sein kann. Folglich gilt das Völkerrecht in Afghanistan als direkte Quelle des objektiven Rechts.

Michael Schoiswohl sieht dadurch, dass in Art. 121 AfgVerf die Verfassung über das Völkerrecht erhoben wird und somit aus innerstaatlicher Sicht das Völkerrecht unter dem Vorbehalt entgegenstehenden Verfassungsrechts steht, einen radikal

[209] Art. 5 Nr. 1 Law on the Publication and Enforcement of Legislative Documents in the Islamic Republic of Afghanistan.

[210] Vgl. Art. 13 Law on the Publication and Enforcement of Legislative Documents in the Islamic Republic of Afghanistan.

monistischen Ansatz mit dem Primat des Landesrechts.[211] Dem ist jedoch zu widersprechen. Die Möglichkeit der Überprüfung der Kompatabilität des Völkervertragsrechts mit der Verfassung hängt nicht unmittelbar mit der Entscheidung eines Staates zusammen, auf welche Weise er die Verträge in die nationale Rechtsordnung einführt.[212] Die Verfassungskonformität des Völkervertragsrechts kann unabhängig davon stattfinden, ob ein Staat dem Monismus oder dem Dualismus folgt.[213] Schließlich sieht auch die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland insbesondere in Form der abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 BVerfGG[214] die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit völkerrechtlicher Verträge in Form des Zustimmungsgesetzes vor.[215] Daher ist das Vorliegen des Monismus in seiner radikalen Form (Nichtigkeit verfassungswidriger Verträge) abzulehnen. Die afghanische Verfassung folgt dem Ansatz eines „gemäßigten" Monismus, ohne den Vorrang des Völkerrechts zu konstituieren. Art. 7 AfgVerf nimmt folglich im Sinne der im Monismus fundierten Vollzugstheorie die für Afghanistan verbindlichen völkerrechtlichen Regeln auf, ohne eine Umwandlung zu verlangen. Die Regelung stellt demnach einen Anwendungsbefehl für völkerrechtliche Normen dar, der diese in die nationale Rechtsordnung einbezieht, ihr aber ihren Völkerrechtscharakter belässt.

(c) Zwischenergebnis

Die afghanische Verfassung regelt nicht ausdrücklich das Verhältnis des nationalen Rechts zum Völkerrecht. Allerdings kann die Art der innerstaatlichen Beteiligung am Abschluss und Ratifikaiton eines völkerrechtlichen Vertrages etwas darüber aussagen, ob das Völkerrecht in die innerstaatliche Rechtsordnung

---

[211] So auch *Schoiswohl*, Afghanistan: Wo Theorie zur Praxis wird, in: Lachmayer/Gerhard/Thallinger, Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, S. 21 (40); vgl. auch *Parihsi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), S. 93 (98).

[212] *Jelitte*, Die Umsetung völkerrechtlicher Verträge, S. 124.

[213] *Jelitte*, Die Umsetung völkerrechtlicher Verträge, S. 124.

[214] Das Bundesverfassungsgericht hat die abstrakte Normenkontrolle bei Vertragsgesetzen bereits vor Verkündung zugelassen, wenn das Gesetz von beiden Kammern verabschiedet worden ist, BVerfGE 1, S. 396 (413).

[215] Eine Kontrolle völkerrechtlicher Verträge ist zudem mittels der Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a, § 13 Nr. 8a BVerfGG möglich, allerdings nur, soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG richtet und in den Anwendungsbereich der Verfassungsbeschwerde fällt, *Schweitzer*, Staatsrecht III, S. 298; so z.B. BVerfGE 6, S. 290 (295); 15, S. 337 (348); 24, S. 33 (53); 57, S. 9 (23); die Möglichkeit einer konkreten Normkontrolle gem. Art. 100 Abs. 1 GG, § 13 Nr. 11 BVerfGG besteht auch nur, wenn der Vertag selbst Rechte und Pflichten für den Einzelnen begründet, die Gegenstand eines Verfahrens vor innerstaatlichen Gerichten sein können, *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 140.

transformiert wird, oder ob es weiterhin als Völkerrecht gilt. Nach der hiesigen Auslegung hat der Präsident die Kompetenz zur Unterzeichnung des Vertrages, während das Parlament die innerstaatliche Zustimmung erteilt. Diese Zustimmung erfolgt in der Form eines einfachen Beschlusses und ist nicht als Transformation zu qualifizieren. Auch die Veröffentlichungspflicht nach § Art. 5 Nr. 4 des ersten Teils des Gesetzes über die Veröffentlichung und Durchseztung legislativer Dokumente hat keinen normativen Charakter und stellt keinen Transformationsakt dar. Folglich gilt das Völkervertragsrecht mit seiner Veröffentlichung als Völkerrecht in der nationalen Rechtsordnung fort, so dass hier eine „gemäßigte" monistische Rechtsordnung vorliegt.

bb. Rang des Völkervertragsrechts in der afghanischen Rechtsordnung

Im Folgenden ist zu untersuchen, welchen Rang das von Afghanistan ratifizierte Völkervertragsrecht hat. Die afghanische Verfassung klärt diese Frage nicht ausdrücklich. Auch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Beantwortung dieser Frage ist nicht ersichtlich. Zum einen ist die fehlende ausdrückliche Konstituierung des Ranges des Völkervertragsrechts auf die Vernachlässigung technischer Fragen im Verfassungsgebungsprozess zurückzuführen,[216] zum anderen aber auch auf die Scheu des Verfassungsgebers sich in diesem sensiblen Bereich der Umsetzung völkerrechtlicher Verträge auf ein bestimmtes Verfahren festzulegen.

Die Möglichkeiten der Rangstufung in die innerstaatliche Rechtsordnung sind verschieden: Verfassungsrang, Gesetzesrang und Untergesetzesrang.[217] Ferner ist die Variante eins Ranges zwischen der Verfassung und den Gesetzen und zwischen den Gesetzen und den untergesetzlichen Normen möglich. Es gilt der Grundsatz, dass der Staat verpflichtet ist, einen innerstaatlich völkerrechtsgemäßen Zustand herzustellen, das Völkerrecht allerdings die Art und Weise nicht vorgibt und die Staaten daher bei der innerstaatlichen Rangeinstufung nicht völkerrechtlich gebunden sind.[218] Daher bemisst sich der Rang des Völkerrechts in der nationalen Rechtsordnung nach der innerstaatlichen Rechtsquellenlehre. Aufgrund fehlender ausdrücklicher Rangregelung ist diese Frage durch Auslegung zu ermitteln.

Dass die afghanische Verfassung über dem Völkervertragsrecht steht, wurde bereits angenommen.[219] Ferner darf gem. Art. 3 i.V.m. Art. 121 AfgVerf das Völkervertragsrecht nicht den Bestimmungen der *šarī`a* als oberstes Konstitutionsprinzip widersprechen. Im Folgenden soll daher das Verhältnis zwischen dem Völkervertragsrecht und einfachen Parlamentsgesetzen geklärt werden. Für die

---

[216] Vgl. Kapitel 2 B.
[217] *Hussner*, Übernahme internationalen Rechts in der BRD und RF, S. 53.
[218] *Partsch*, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, S. 94.
[219] Vgl. Kapitel 4 A. III. 4. a.

Gesetzgebung ist das Völkervertragsrecht als Quelle nur dann verbindlich, wenn ihm ein Übergesetzesrang zukommt.

cc. Der Übergesetzesrang des Völkervertragsrechts

Das Verhältnis des Völkervertragsrechts zu den Parlamentsgesetzen ist durch Auslegung zu ermitteln. Für einen Übergesetzesrang spricht, dass Art. 7 AfgVerf den „Staat" verpflichtet das Völkvertragsrecht zu beachten. Wie bereits geprüft, ist der Begriff des „Staates" weit zu verstehen, so dass auch der Gesetzgeber darunter fällt.[220] Dem müsste mithin die Pflicht des Gesetzgebers entnommen werden im Rahmen seiner Rechtssetzung das Völkervertragsrecht zu beachten. Für eine solche Sichtweise spricht auch Art. 145 der Verfassungen von 1987 und 1990, der das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Gesetzen partiell zugunsten des Völkerrechts entschieden hat.[221] Darin heisst es:

> *International treaties previously entered into by the republic of Afghanistan and conventions joined by it, if found repugnant to the provisions of the laws of the republic of Afghanistan, shall have ascendancy.*

Das "previously entered into" bezieht sich auf die vor der Verabschiedung dieser Verfassungen von Afghanistan abgeschlossenen internationalen Verträge. Diese Bestimmug ist jedoch nicht abschließend, da sie diejenigen Verträge, die nach der Verabschiedung der Verfassung abgeschlossen worden sind, nicht erfasst. Hätte die Verfassung einen generellen Übergesetzesrang formulieren wollen, hätten sie den Zusatz "previously entered into" weggelassen. Dass der Zusatz dennoch eingefügt wurd, weist vielmehr darauf hin, dass künftig schon beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf eine Vereinbarkeit mit den bestehenden Gesetzen zu achten ist.

Ferner könnte sich ein Vorrang aus Art. 21 Nr. 13 des Gesetzes über Struktur, Pflichten und Mandat der Unabhängigen Menschenrechtskommission[222] (AUMK-Gesetz) ergeben. Dieser lautet wie folgt:

> *The Commission shall have the following duties and power to achieve the following objectives set-up by this law:*
>
> …
>
> *13. Providing advice to the National Assembly/Parliament and the government to legislate, adopt, and amend laws in support of human rights promotion and protection,*

---

[220] Vgl. Kapitel 2 C. II. 2. a. dd. (2) (c).

[221] Vgl. Kapitel 2 C. II. 2. a. bb. (1)(b).

[222] Law on the Structure, Duties and Mandate of the AIHRC, im Internet unter http://www.aihrc.org.af/2010_eng/Eng_pages/about/Law_AIHRC.pdf, zuletzt aufgerufen am 1. Juni 2011.

and to abolish laws that are not in compliance with international human rights standards.

…

Demnach sieht das Gesetz internationale Menschenrechtsstandards gegenüber den Parlamentsgesetzen als vorrangig an. "International human rights standards" ist wohl im Sinne des Art. 4 Abs. 1 AUMK-Gesetz zu interpretieren, dass unter dem Begriff der Menschenrechte die im 2. Kapitel der Verfassung konstituierten Grundrechte der Bürger und die von Afghanistan ratifizierten internationalen Menschenrechtsabkommen versteht.[223] Das über die Menschenrechtsverträge hinausgehende Völkervertragsrecht ist nicht davon erfasst. Eine nationale Regelung, die völkerrechtlichen Normen einen Rang in der Normenhierarchie zuweist, kann nur den Rang zuweisen, den sie selbst besitzt oder einen niedrigeren Rang.[224] Einen höheren Rang kann sie nicht verleihen,[225] so dass aus Art. 4 Abs. 1 AUMK-Gesetz kein Übergesetzesrang zu entnehmen ist. Darüber hinaus steht hier die beraterische Tätigkeit der afghanischen Menschenrechtskommission im Vordergrund und nicht eine Vorrangverweisung.

Für einen Gleichrang zwischen dem Völkervertragsrecht und Parlamentsgesetzen spricht, dass Art. 121 AfgVerf auch beim Völkervertragsrecht eine Normenkontrolle anordnet. Im türkischen Recht wird beispielsweise den völkerrechtlichen Verträgen ein Übergesetzesrang zugewiesen weil, sie weder einer abstrakten noch einer konkreten Normenkontrolle unterliegen.[226] Aus diesem Umkehrschluss müsste für die afghanische Rechtsordnung eine Gleichrangigkeit angenommen werden. Für diese Sichtweise spricht auch, dass Art. 121 AfgVerf die Überprüfung der internationalen Verträge ohne ein Über- und Unterordnungsverhältnis neben der Überprüfung der Gesetze und Gesetzeserlasse[227] anordnet.[228] Sowohl Gesetz

---

[223] Art. 4 AUMK-Gesetz lautet wie folgt: "According to this law, human rights shall mean the fundamental rights and freedoms of Afghan citizens which are enshrined in the Afghan Constitution, declarations, covenants, treaties, and other international human rights instruments ratified and acceded to by Afghanistan and to which Afghanistan is a party."

[224] *Hussner*, Die Übernahme internationalen Rechts in der BRD und RF, S. 53.

[225] *Papadimitriu*, Die Stellung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, S. 86.

[226] Vgl. Art. 90 Abs. 5 der türkischen Verfassung von 1982: „Die ordnungsgemäß in Kraft getretenen internationalen Verträge haben Gesetzeskraft. Ihretwegen kann das Verfassungsgericht mit der Behauptung nicht angerufen werden, sie stünden im Widerspruch zur Verfassung." Die deutsche Übersatzung dieses Artikels ist aus *Hekimoglu*, Das Gleichberechtigungsprinzip im türkischen Recht, S. 144 entnommen.

[227] Zu den Gesetzeserlassen bestimmt Art. 79 AfgVerf folgendes: „(Abs. 1) Die Regierung kann mit Ausnahme von Haushalts- und Finanzangelegenheiten während der Sitzungspausen der Volksvertretung in Ausnahmefällen Gesetzeserlasse verabschieden. (Abs. 2) Die Gesetzeserlasse treten nach Unterzeichnung durch den Staatspräsidenten in Kraft. Sie müssen der Nationalversammlung innerhalb von dreißig Tagen nach ihrer ersten Sitzung vorgelegt werden. Sollten sie durch die Nationalversammlung abgelehnt werden, werden sie ungültig.".

als auch Gesetzeserlasse werden von der Nationalversammlung verabschiedet ohne, dass ein aus der Verfassung zu entnehmendes Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen ihnen bestehen würde. Folglich dürfte auch kein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen den Gesetzen und völkerrechtlichen Verträgen angenommen werden.

Ein weiterer Anhaltspunkt für die Gleichrangigkeit von Völkervertragsrecht und Parlamentsgesetzen wäre das Erfordernis eines Zustimmungsgesetzes, dass das Völkerrecht in das nationale Recht transformiert.[229] Dann würden diese in nationales Recht umgewandelten Normen des Vertrags auch lediglich Gesetzesrang haben.[230] Nach dem oben Gesagten verlangt die afghanische Rechtsordnung keine Transformation. Daher kann hieraus keine Rangzuweisung erfolgen.

Für einen Untergesetzesrang ergeben sich keine Anhaltspunkte aus der Verfassung. Ein anderes Ergebnis wäre aus völkerrechtlicher Sicht problematisch, denn in der bisherigen Staatenpraxis existiert die Variante, dass das Völkerrecht einen Rang unterhalb der Gesetze einnimmt, nicht.[231] In diesem theoretischen Fall gingen nationale Gesetze den völkerrechtlichen Verträgen vor, unabhängig davon, ob sie vor oder nach Vertragsabschluss erlassen worden sind.[232] Um nicht gegen das Völkervertragsrecht zu verstoßen, müsste der Staat vor jedem Vertragsabschluss die nationalen Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem jeweiligen Vertrag überprüfen. Bei widersprechenden Gesetzen dürfte der Staat entweder den Vertrag nicht abschließen oder müsste seine innerstaatliche Rechtslage völkerrechtskonform ändern. Andernfalls macht er sich völkerrechtlich haftbar.

Die bisherige Analyse ergibt folgende Situation: Für einen Übergesetzesrang spricht, dass Art. 7 AfgVerf auch den Gesetzgeber zur Beachtung des Völkervertragsrechts verpflichtet. Hingegen führen die Möglichkeit der Normenkontrolle des Völkervertragsrechts nach Art. 121 AfgVerf sowie die gleichrangige Anordnung der Normenkontrolle vom Völkervertragsrecht, Gesetzen und Gesetzeserlassen zu der Annahme eines Gesetzesranges.

Die Annahme eines Gesetzesranges würde aber gegen den Wortlaut des Art. 7 AfgVerf, der den „Staat" und damit auch den Gesetzgeber verpflichtet, verstoßen. Der Gesetzgeber kann das Völkervertragsrecht nach Art. 7 AfgVerf nur achten, wenn er dies im Rahmen der Rechtssetzung tut. Die Konsequenz dessen ist der Übergesetzesrang des Völkervertragsrechts. Daher sprechen vorliegend die gewichtigeren Gründe für die Annahme eines Übergesetzesrangs

---

[228] So auch *Moschtaghi*, Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip, VRÜ 2008, S. 185 (208 f.).
[229] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge in nationals Recht in Deutschland und Spanien, S. 75.
[230] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge in nationals Recht in Deutschland und Spanien, S. 75.
[231] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 82.
[232] *Jelitte*, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, S. 82.

des Völkervertragsrechts. Folglich wird im Rahmen dieser Arbeit dem Völkervertragsrecht ein Rang unterhalb der Verfassung, aber über den Gesetzen gewährt. Die Stellung des Völkervertragsrechts unterhalb der Verfassung, aber auf dem gleichen Rang von Parlamentsgesetzen ist im internationalen Vergleich üblich.[233]

dd. Zwischenergebnis zum Völkervertragsrecht

Die afghanische Verfassung enthält - wie in den vorangegangenen Verfassungen auch - keine Festlegung darüber, auf welche Weise völkerrechtliche Verträge innerstaatliche Wirkung entfalten. Die durch Art. 7 AfgVerf begründete rechtsverbindliche Beachtung des Völkervertragsrechts auf der einen Seite und das Fehlen eines Transformationsaktes auf der anderen Seite ergibt die Einordnung der afghanischen Rechtsordnung in die Kategorie der monistischen Lehre. Daraus folgt, dass das Völkervertragsrecht weiterhin als Völkerrechtsnorm gilt. Folglich richtet sich seine Interpretation, Änderung oder Aufhebung nach den völkerrechtlichen Regelungen. Durch die „Öffnungsklausel" des Art. 7 Afg Verf ist das Völkervertragsrecht Bestandteil der afghanischen Rechtsordnung.

Auch eine spezielle Regelung über den Rang des Völkervertragsrechts fehlt. Nach der hiesigen Auslegung kommt den völkerrechtlichen Verträgen ein Rang über den Gesetzen, jedoch unter der Verfassung zu. Folge des Übergesetzesranges ist zunächst, dass sich der afghanische Gesetzgeber im Rahmen der Verabschiedung von Gesetzen und Gesetzeserlassen an die von Afghanistan ratifizierten völkerrechtlichen Regelungen halten muss.

[233] *Moschtaghi*, A Multilayer System of Conflict?, Max Planck UNYB 2009, S. 375 (387).

d. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse

Nach dem oben gesagten gilt, dass Art. 3 AfgVerf die Bestimmungen der *šarī`a* zum obersten Konstitutionsprinzip erhebt, so dass nicht nur Gesetze, sondern auch die Verfassung selbst mit diesen übereinstimmen muss. Im Rang nachfolgend kommen weitere Verfassungsbestimmungen, insbesondere die im Kapitel 2 statuierten Grundrechte. Darauf folgt das Völkervertragsrecht. Im Rahmen seiner Rechtssetzung darf der Gesetzgeber nicht gegen diese Rechtsnormen verstoßen. Eine Normenkollision lässt sich in Bezug auf ihre jeweilige Normstufe lösen.[234]

Aufgrund der verschiedenen „Erzeuger" dieser in die afghanische Rechtsordnung inkoporierter Rechtsnormen besteht zwischen den rangverschiedenen Normen in der Regel kein „Erzeugungszusammenhang". Ein solcher liegt grundsätzlich vor, wenn das höherrangige Recht die formale Erzeugung der rangniederen Normen vorschreibt.[235] Lediglich bezüglich der Verfassung und den Parlamentsgesetzen besteht dieser Zusammenhang, in dem die Verfassung für die Entstehung einfacher Gesetze die Einhaltung eines bestimmten Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 94 ff. AfgVerf anordnet. Der Verbindlichkeitsanspruch des ranghöheren Rechts im Rahmen der Gesetzgebung reicht jedoch nur insoweit, als eine Rechtsnorm nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.[236] Möchte demnach der afghanische Gesetzgeber ein Gesetz erlassen, so hat er die Vorgaben des höherrangigen Rechts einzuhalten. Folglich kommt es zur Erreichung der Einheit des Rechts im Sinne seiner Widerspruchslosigkeit auf den Erzeugungszusammenhang gar nicht an.[237]

e. Vermeidung eines Normenwiderspruchs durch eine „systemkonforme Auslegung"

aa. Allgemein

Normkollisionen haben nach dem *lex-posterior*-Grundsatz die Derogation der rangniedrigeren Norm zur Folge. Im Wege der Möglichkeit einer „systemkonformen" Auslegung soll schon die Entstehung eines solchen Widerspruchs vermieden werden, denn die Einheit der Rechtsordnung vollzieht sich in erster Linie durch eine „systemkonforme" Auslegung[238] der Gesetze „im Lichte" der Verfassung oder anderer Rechtsquellen.[239] Bevor eine Norm zur Anwendung

---

[234] Vgl. *Schilling*, Rang und Geltung von Normen, S. 447 ff.
[235] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 57.
[236] Vgl. *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 60.
[237] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 61.
[238] Die „systemkonforme" Auslegung nimmt in der derzeitigen juristischen Methodendiskussion und seit einiger Zeit in der Rechtsprechung des EuGH und der obersten Bundesgerichte eine zentrale Stellung ein, *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 393.
[239] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 13; vgl. *Schilling*, Rang und Geltung von Normen, S. 397; vgl. auch *Röhl/Röhl,* Allgemeine Rechtslehre, S. 154.

kommt, ist ihr Inhalt durch Auslegung zu ermitteln.[240] Hält sich die niedere Norm im Rahmen der nach höherem Recht zulässigen Lösungen, kann sie also nach der für ihr Rechtsgebiet geltenden Methodik in einer Weise ausgelegt werden, die dem höherem Recht entspricht, so liegt ein Normenkonflikt erst gar nicht vor.[241] Dabei wird gedanklich vorausgesetzt, dass die Rechtsordnung eine Einheit bildet und dass diese Einheit gerade dann eine wichtige Interpretationshilfe bieten kann, wenn einzelne Rechtsnormen lückenhafte oder widersprüchliche Regelungen enthalten.[242] Ist demnach eine Auslegung, die den Verfassungsprinzipien nicht widerspricht, nach den gängigen Auslegungskriterien möglich, so ist sie jeder anderen Interpretation vorzuziehen.[243] Mithin muss eine Rechtsnorm systemkonform angewandt werden, wenn sie mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulässt, von denen mindestens eine zu einem Verstoß gegen höherrangiges Recht führt, mindestens eine weitere mit diesen Vorgaben zu vereinbaren ist.[244] Von den klassischen Auslegungselementen unterscheidet sich die „systemkonforme Auslegung" dadurch, dass erstere der Ermittlung des Norminhalts dienen, während die letztere prüft, in welcher der möglichen Auslegungsergebnisse die Norm mit höherrangigem oder umzusetzendem Recht vereinbar ist.[245] Die „systemkonforme Auslegung" findet jeweils ihre Grenze in klaren abweichenden Regelungen, welche keinen Auslegungsspielraum eröffnen.[246]

Für die afghanische Rechtsordnung kommt eine verfassungskonforme, *šarī`a*konforme und völkervertragskonforme Auslegung in Betracht.

bb. Verfassungskonforme Auslegung

Die bekannteste Form der „systemkonformen Auslegung" ist die verfassungskonforme Auslegung des einfachen Rechts.[247] Dieser Grundsatz besagt, dass eine Norm verfassungskonform auszulegen ist, wenn mehrere Auslegungsmöglichkeiten bestehen, von denen mindestens eine zu deren Verfassungsmäßigkeit, mindestens eine weitere zu deren Verfassungswidrigkeit führen würde.[248]

---

[240] Vgl. *Schilling*, Rang und Geltung von Normen, S. 461.
[241] Vgl. *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 142.
[242] *Rüthers/Fischer/Birk,* Rechtstheorie, Rn. 276.
[243] *Larenz,* Methodenlehre, S. 339; *Canaris*, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung, in: FS Kramer, S. 141 (148).
[244] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 152.
[245] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 157 ff.
[246] Vgl. *Larenz,* Methodenlehre, S. 340.
[247] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 172.
[248] *Kuhlen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, S. 1.

cc. *šari`a*konforme Auslegung

Da die gesamte positive Rechtsordnung nach Art. 3 AfgVerf *šari`a*konform sein muss, ist es folgerichtig, die „systemkonforme Auslegung" im Rahmen der afghanischen Rechtsordnung „*šari`a*konforme Auslegung" zu nennen. Demnach würde dieses Prinzip bedeuten, dass eine Norm *šari`a*konform auszulegen ist, wenn mehrere Auslegungsmöglichkeiten bestehen, von denen mindestens eine zu deren Konformität, mindestens eine weitere zu einem Verstoß führen würde.

dd. Völkervertragskonforme Auslegung

Schließlich kommt für die afghanische Rechtsordnung aufgrund des Vorrangs des Völkervertragsrechts vor den einfachen Parlamentsgesetzen eine völkervertragskonforme Auslegung in Betracht. Danach müssen insbesondere Parlamentsgesetze bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten im Sinne des Völkerrechts ausgelegt werden.

Ferner spricht ein praktisches Argument für die Pflicht zur völkervertragskonformen Auslegung, denn eine vertragswidrige Rechtslage führt zu nachteiligen Konsequenzen für Afghanistan. Die völkervertragskonforme Auslegung ist zudem ein Mittel, um eine Harmonisierung zwischen Völkervertragsrecht und staatlichem Recht zu erreichen und damit einen Völkerrechtsverstoß Afghanistans zu verhindern.[249]

ee. Zwischenergebnis

Mit der verfassungskonformen, *šari`a*konformen und völkervertragsskonformen Auslegung wurden verschiedene Auswahlregeln aufgezeigt, die der Rechtsanwender vor einer Derogation der rangniedrigeren Norm zu beachten hat. Das schließt aber nicht aus, dass für die Auslegung einer bestimmten Norm mehrere verschiedene Regeln zugleich einschlägig sind.[250] Folglich ist ein Rangverhältnis zwischen den einzelnen systemkonformen Auslegungen erforderlich. Da die systemkonforme Auslegung auf den Gedanken der Einheit und des Stufenbaus der Rechtsordnung beruht, kann eine Derogation einer Norm nur verhindert werden, wenn der Rechtsanwender dasjenige Auslegungsergebnis wählt, das mit dem höchstrangigen Recht vereinbar ist.[251] Zusammenfassend lässt sich demnach feststellen, dass sich das Rangverhältnis im Rahmen der systemkonformen Auslegung an die Stufenordnung der jeweiligen Rechtsordnung hält. Für die systemkonforme Auslegung afghanischer Gesetze heißt das nunmehr, dass die stärkste Pflicht zur Konformauslegung die *šari`a*konforme Auslegung darstellt,

[249] Vgl. Kapitel 2 C. II. 2. a.
[250] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 378.
[251] *Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, S. 380.

gefolgt von der verfassungskonformen Auslegung sowie der völkervertragskonformen Auslegung.

f. Keine Möglichkeit der „systemkonformen Auslegung" des Scheidungsrechts

Wie bereits beschrieben, kollidieren die Regelungen des Scheidungsrechts mit Art. 22 Abs. 2 AfgVerf und mit dem in den Menschenrechtsverträgen geregelten Diskriminierungsverbot und dem Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter bei Auflösung der Ehe. Im Kollisionsfall einfachgesetzlicher Regelung gilt der Vorrang der Verfassung und des Völkervertragsrechts. Etwas anderes würde sich nur ergeben, wenn die Regelungen der *šarī`a* als oberstes Konstitutionsprinzip, an denen sich auch Gesetze messen lassen müssen, zwingend eine Ungleichbehandlung der Geschlechter im Scheidungsrecht verlangen würden. Dass eine solche Diskriminierung im islamischen Recht nicht zwingend ist und die Möglichkeit liberaler Auslegung besteht, wurde bereits gezeigt.[252] Folge hiervon ist, dass die afghanische Verfassung auch modernen Interpretationen des islamischen Rechts offen gegenübersteht. Diese liberalen Auslegungsmethoden des islamischen Rechts annehmend, folgt aus den Bestimmungen des islamischen Rechts nicht zwingend eine Ungleichbehandlung der Geschlechter. Es wurde bereits gezeigt, dass selbst im Scheidungsrecht moderne Ansichten vertretbar erscheinen.

Um eine Kollision mit Art. 22 Abs. 2 AfgVerf und dem Völkervertragsrecht zu vermeiden, müsste konsequenterweise auch hier die Anwendung einer „systemkonformen" Auslegung gefordert werden. Das einseitige Verstoßungsrecht des Mannes nach dem afghanischen Zivilgesetzbuch lässt allerdings keine andere Interpretation offen, die nicht zu einer Diskriminierung zwischen den Geschlechtern führt. Bei einer eindeutigen Regelung verbietet sich die Korrektur des gesetzgeberischen Willens im Wege der konventionsfreundlichen Auslegung.[253] Folglich kann der Konflikt auch nicht durch eine menschenrechtsfreundliche bzw. verfassungskonforme Auslegung verhindert werden. Damit ist das afghanische Scheidungsrecht sowohl verfassungs- als auch völkerrechtswidrig.

Die Folge der Verfassungswidrigkeit einer Norm ist, dass diese Norm im Umfang ihrer Verfassungswidrigkeit außer Anwendung bleibt.[254] Allerdings müsste dies vom Obersten Gerichtshof im Rahmen der Normenkontrolle nach Art. 121 AfgVerf festgestellt werden. Hingegen ergibt sich die Antwort bei einer Kollision zwischen Gesetzen und dem Völkervertragsrecht aus der Tatsache, dass es sich nach der hiesigen Prüfung bei der afghanischen Rechtsordnung um eine gemäßigt monistische handelt und hieraus ein Anwendungsvorrang des Völkervertragsrechts im Falle einer Kollision folgt.[255]

---

[252] Vgl. Kapitel 3 B. I. 2. g. dd. (2).
[253] *Uerpmann*, Die EMRK und die deutsche Rechtsprechung, S. 113.
[254] *Schilling*, Rang und Geltung von Normen, S. 477.
[255] Vgl. Kapitel 4 A. III. 4. c. aa. (3) (b).

gemäßigt monistische handelt und hieraus ein Anwendungsvorrang des Völkervertragsrechts im Falle einer Kollision folgt.[255]

B. Die Rechtsquellen der Justiz

Während bisher die für die Gesetzgebung verbindlichen Rechtsquellen behandelt wurden, ist im Folgenden festzulegen, welche Rechtsquellen der Richter im Rahmen seiner Entscheidungsfindung als Entscheidungsgrundlage heranziehen kann. Schließlich soll geklärt werden, wie zu verfahren ist, wenn anerkannte Rechtsquellen kollidieren. Zunächst sollen hierzu abstrakte Ausführungen erfolgen und sodann werden die Rechtsquellen für die Justiz im scheidungsrechtlich relevanten Sachverhalt dargestellt.

I. Art. 130 AfgVerf als Ausgangsnorm

Ausgangsnorm für die Justiz ist Art. 130 AfgVerf, der wie folgt lautet:

> *Die Gerichte wenden bei den Verfahren die Bestimmungen dieser Verfassung und sonstiger Gesetze an. Wenn in einem zur Entscheidung anstehenden Fall in der Verfassung und den sonstigen Gesetzen keine Bestimmungen zu finden sind, müssen die Gerichte ihre Urteile innerhalb der Grenzen dieser Verfassung in Übereinstimmung mit der hanafitischen Rechtslehre (Fiqh) so fällen, dass der Gerechtigkeit auf bestmögliche Weise gedient ist.*

Als Rechtsquellen für die Justiz kommen nach Art. 130 AfgVerf die Verfassung selbst, „sonstige Gesetze" sowie subsidiär die Bestimmungen der hanafitischen Rechtslehre in Betracht, soweit sie sich innerhalb der Grenzen der Verfassung halten. Auf einfachgesetzlicher Ebene findet sich dieses Prinzip in Art. 7 des Gesetzes über die Organisaiton und Zuständigkeit der Justiz.[256] Sinngemäß ist diese Regelung auch in dem vorkonstitutionellen Art. 1 ZGB[257] verankert.

---

[255] Vgl. Kapitel 4 A. III. 4. c. aa. (3) (b).

[256] In der englischen Fassung lautet Art. 7 des Gesetzes über die Organisaiton und Zuständigkeit der Justiz wie folgt: "The courts shall resolve cases in accordance with the constitution and other laws of the Islamic Republic of Afghanistan. If there is no clear legal provision for the case, the case shall be handled in accordance with Articles 130 and 131 of the Constitution."

[257] In der englischen Fassung lautet Art. 1 ZGB wie folgt: "(1) In cases where the law has a provision, the practice of religious jurisprudence is not permitted. Provisions of this Act are applicable in letter and spirit. (2) In cases the law has no provision, the court shall issue a verdict in accordance with the fundamental principles of Hanafi jurisprudence of Islamic shariat to secure justice in the best possible way."

Findet sich bei Lücken im positiven Recht auch keine Regelung der hanafitischen Rechtslehre, kann nach Art. 2 ZGB unter gewissen Voraussetzungen auf das Gewohnheits- bzw. Stammesrecht zurückgegriffen werden.[258]

1. Verfassung

Für den Rechtsanwender gilt aufgrund des Vorrangs der Verfassung diese als vorrangige nationale Rechtsquelle.[259]

2. Die „sonstigen Gesetze“

Zu klären ist, was unter dem Begriff „sonstige Gesetze“ i.S.d. Art. 130 AfgVerf zu verstehen ist. Dadurch, dass nicht direkt auf Parlamentsgesetze nach Art. 90 Nr. 1 AfgVerf verwiesen wird, sondern die Formulierung „sonstige“ verwendet wird, ist der Begriff des Gesetzes auch hier in einem weiten Sinne als Oberbegriff für alle positiven Rechtsnormen zu verstehen.[260] In Betracht kommen daher in erster Linie Parlamentsgesetze sowie Gesetzeserlasse nach Art. 90 Nr. 1 AfgVerf. Zu den positiven Rechtsnormen zählt aber auch das Völkervertragsrecht, das als Quelle des nationalen Rechts in der monistisch ausgerichteten Rechtsordnung Afghanistans gilt.

a. Parlamentsgesetze und Gesetzeserlasse

Parlamentsgesetze und Gesetzeserlasse[261] nach Art. 90 Nr. 1 AfgVerf können demnach ohne weiteres als Rechtsgrundlage der Entscheidung herangezogen werden.

b. Völkervertragsrecht als Entscheidungsgrundlage bei unmittelbarer Anwendbarkeit

Zu klären ist, inwieweit das Völkervertragsrecht als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden kann. Fest steht zunächst, dass diese Regelungen in der

[258] *Yassari*, Das afghanische Recht, inamo 2009 (57), S. 27 (29).

[259] Siehe zum Vorrang der Verfassung Kapitel 4 A. III. 4.a.

[260] Im Originaltext wird auch hier der Begriff des „*qānūn*“ verwendet. Vergleiche hierzu auch die Ausführungen zum Gesetzesbegriff im Kapitel 2 C. II. 2. b. ee. (3) (c).

[261] Die Gesetzeserlasse (*farāmin-e tqanīnī)*, von denen auch in Art. 121 AfgVerf gesprochen wird, sind eine Besonderheit der afghanischen Interimsregierung. Daher haben sie den Rang formaler Gesetze und müssen von den Bestimmungen (*moqararāt*), die von der Regierung gem. Art. 76 AfgVerf erlassen werden, unterschieden werden. Im iranischen Recht wird die gleiche Differenzierung vorgenommen: Regelungen der Regierung werden als *moqararāt* bezeichnet, während als *taqnīn* Parlamentsakte bezeichnet werden. Vgl. *Mohammad Ja`afar Ja`afari Langarūdi*, termīnūlūžī-ye hoqūq, Ganj-e Dānesh, Teheran, 1382 (2004), S. 679-680, zitiert nach *Elliesie*, Rule of Law in Afghanistan, in: Koetter / Schuppert, Understandings of the Rule of Law in various Legal orders of the World, S. 8 Fn. 24; vgl. auch *Moschtaghi,* Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan, ZaöR 68 (2008), S. 509 (518).

afghanischen Rechtsordnung Übergesetzesrang haben sowie als Quelle des objektiven nationalen Rechts gelten.[262] Das bedeutet jedoch noch nicht, dass die Verträge auch unmittelbar anwendbar sind, also von den Gerichten und der Exekutive als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden können.[263] Grundsätzlich müssen die Geltung einer Norm eines völkerrechtlichen Vertrages in der innerstaatlichen Rechtsordnung und ihre unmittelbare Anwendbarkeit voneinander getrennt werden.[264] Die innerstaatliche Geltung ist vielmehr Voraussetzung der innerstaatlichen Anwendbarkeit.[265] Sie bewirkt, dass die Normen eines völkerrechtlichen Vertrages Bestandteil der objektiven Rechtsordnung werden. Es ist also zwischen einer allgemeinen Berücksichtigungspflicht und der unmittelbaren Anwendbarkeit zu differenzieren.[266] Die allgemeine Berücksichtigungspflicht bewirkt, dass die völkerrechtliche Norm insbesondere als Auslegungshilfe für eine andere Norm, die ihrerseits als Entscheidungsgrundlage dient, heranzuziehen ist.[267] Durch diese Einbeziehung wird die jeweilige völkerrechtliche Regel im Einzelfall zu einem Begründungselement für die Entscheidung.[268] Von dieser Konstellation ist der Fall zu unterscheiden, in dem die Völkerrechtsnorm selbst als Entscheidungsgrundlage dient. Sie bestimmt die entscheidungserhebliche Rechtsfolge,[269] so dass nationale Gerichte und andere staatliche Organe diese beachten müssen und der Rückgriff auf den Vertragstext selbst gewährleistet ist.[270] Ist demnach eine Norm des Völkerrechts geeignet, Grundlage der Entscheidung eines innerstaatlichen Rechtsanwendungsorgans zu sein, ohne dass eine Konkreti-

---

[262] Vgl. Kapitel 4 A. III. 4. c. cc.

[263] Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Völkervertragsrechts stellt sich nur in Staaten mit einem monistischen System oder monistisch-dualistischem Mischsystem. In dualistischen Vertragsstaaten ist eine unmittelbare Anwendbarkeit nur dann möglich, wenn die Bestimmungen des Völkervertragsrechts in ihrem ursprünglichen Wortlaut in das Landesrecht transformiert worden sind, vgl. *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 160

[264] Zur unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge siehe *Bleckmann*, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge; *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge; *Wildhaber*, Treaty-Making Power and Constitution, S. 183 ff; *Zuleeg*, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der europäischen Sozialcharta, ZaöRV 1975 (35), S. 341 ff.

[265] *Zuleeg*, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, ZaÖRV 1975 (35), S. 341 (344 ff.).

[266] *Bernstorff*, Zur Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge, RdJB 2011 (2), S. 203 (209).

[267] *Aichele,* Nationale Menschenrechtsinstitutionen, S. 155 f.

[268] *Aichele,* Nationale Menschenrechtsinstitutionen, S. 155 f.

[269] *Bernstorff*, Zur Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge, RdJB 2011 (2), S. 203 (210).

[270] *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391 (394); *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 18.

sierung der Norm vorausgehen muss, ist sie unmittelbar anwendbar.[271] Inwieweit das Völkervertragsrecht im scheidungsrechtlich relevanten Sachverhalt einschlägig ist, wird im späteren Abschnitt behandelt.[272]

3. Subsidiäre Anwendung der hanafitischen Rechtslehre

Bei Lücken des positiven Rechts sind subisidär die Regelungen der hanafitischen Rechtslehre innerhalb der Grenzen der Verfassung heranzuziehen. Auch bei der subsidiären Heranziehung der hanafitischen Rechtslehre sind nach Art. 130 AfgVerf zwei Grenzen zu beachten: Die Grenzen der Verfassung und die bestmögliche Beachtung der Gerechtigkeit. Beide Schranken lassen jedoch dem Rechtsanwender Interpretationsspielräume offen. So können die „Grenzen der Verfassung" im Sinne der Grund- und Menschenrechte verstanden werden.[273] Allerdings könnten traditionellen Kräften eine konservative Auslegung des islamischen Rechts als oberstes Konstitutionsprinzip als „Grenze der Verfassung" gewertet werden. Auch hier kommt es letztlich auf die Einstellung des Obersten Gerichtshofs als Verfassungsinterpret an und wie dieser den Zusatz „Grenzen der Verfassung" in seiner Rechtsprechung konkretisiert.

4. Subsidiäre Anwendung stammesrechtlicher Regelungen

a. Das in Afghanistan vorzufindende Stammesrecht

Über die Regeln des Islams und über die staatlichen Gesetze hinaus ist in Afghanistan das Stammesrecht, vor allem in ländlichen Regionen, weit verbreitet. Neben anderen Formen ist das *Paschtūnwālī*[274] die am weitesten verbreitete Form des Stammesrechts.[275] Dabei bildet das *Paschtūnwālī* die Summe sämtlicher Werte und daraus entwickelter Normen, die die spezifisch paschtunische Lebensart bestimmen.[276] Demnach zeichnet sich ein echter Paschtune nicht nur durch eine

---

[271] *Zuleeg*, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, ZaÖRV 1975 (35), S. 341 (349).

[272] Siehe dazu unten Kapitel 4 B. II.

[273] Vgl. auch *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Binder/Fuchs/Goldmann/Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93 (100).

[274] Zur paschtunischen Stammesversammlung siehe *Nölle-Karimi*, Die paschtunische Stammesversammlung im Spiegel der Geschichte, in: Kemper/Reinkowski, Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 177 ff.

[275] Siehe zu den anderen Formen des Stammesrechts in Afghanistan *Barfield*, Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Judicial Institutions, S. 25, im Internet aufrufbar unter http://www.usip.org/files/file/barfield2.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2012; ferner auch m.w.N. *Nölle-Karimi*, Die paschtunische Stammesversammlung im Spiegel der Geschichte, in: Kemper/Reinkowski, Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 177 (192); sowie *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), normative Pluralität ordnen, S. 257 (287 f.).

[276] *Steul*, Paschtunwali, S. 134; *Schneider*, Registration, S. 209 (212).

entsprechende patrilineare Abstammung und linguistische Zugehörigkeit zur Gruppe der Paschtu-Sprecher aus, sondern er verkörpert auch in seinem Handeln zentrale Wertvorstellungen, indem er die Interesssen seiner Gruppe verteidigt und Hilflosen Schutz bietet.[277] Die rechtlichen Aspekte des *Paschtūnwālī* beziehen sich auf ein weites Feld und umfassen insbesondere das Strafrecht, Eherechts- sowie Eigentumsfragen.[278]

Das System des *Paschtūnwālī* ist weder kodifiziert noch herrschen fixe mündliche Überlieferungen. Es handelt sich demnach nicht um ein ausdifferenziertes Regelungssystem, sondern um ungeschriebene moralische und sittliche Grundsätze und Werte, die zwar bei den Beratungen eine Orientierung geben, aber zugleich viel Raum für flexible Lösungen lassen.[279] Hinsichtlich der Verhaltensnormen für Frauen wird das *Paschtūnwālī* von allen Paschtunenstämmen überwiegend gleich interpretiert und angewandt.[280] Dazu gehört die Vorstellung, dass Frauen den Männern untergeordnet sind und dass sie vor Angriffen beschützt werden müssen, da sie physisch schwächer und moralisch anfälliger seien.[281] Sexuelle Handlungen sind ausschließlich in der Ehe gestattet. Durch den Schutz und die Kontrolle der Frauen und ihrer Ehre wahren die Männer ihre eigene Ehre sowie die der Familie und der tribalen Gemeinschaft.[282] Folglich ist der Begriff der Ehre nicht nur ein individuelles, sondern wesentlich vor allem ein gruppenbezogenes Konzept. Hintergrund hierfür ist die Vorstellung, dass ehrenhaftes Verhalten bei Männern und Frauen Stabilität und Kontiunität der primären Gemeinschaften garantiert.[283]

Das *Paschtūnwālī* enthält aufgrund seines hohen Alters auch archaisch anmutende Traditionen wie die Vergeltung (*badal)* durch Blutrache oder durch die Einheiratung einer Frau aus der Täterfamilie in die Opferfamilie.[284] Afghanische Juristen erkennen die Nichtvereinbarung dieser Tradition mit den Regeln des Islam auch an.[285] Auf gesetzlicher Ebene wurde diese Tradition auch schon

---

[277] *Nölle-Karimi*, Die paschtunische Stammesversammlung im Spiegel der Geschichte, in: Kemper/Reinkowski, Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 177.

[278] *Yassari*, Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Shari`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 45 (49).

[279] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (289).

[280] *Kreile,* Scharia oder Paschtunwali?, Streit 4 (2002), S. 152 (153).

[281] *Kreile,* Scharia oder Paschtunwali?, Streit 4 (2002), S. 152 (153).

[282] *Kreile,* Scharia oder Paschtunwali?, Streit 4 (2002), S. 152 (153).

[283] *Kreile,* Scharia oder Paschtunwali?, Streit 4 (2002), S. 152 (153).

[284] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (285 u. 290).

[285] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Binder/Fuchs/Goldmann/Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93 (103).

mehrfach verboten.[286] Praktische Auswirkungen hatte dieses Verbot allerdings nicht.[287] Ein weiteres zentrales Problem ist die Kindesheirat. Während das afghanische Zivilgesetzbuch das Mindestheiratsalter für Mädchen auf 16 und für Jungen auf 18 Jahre festlegt,[288] gilt nach den stammesrechtlichen Regelungen eine Person mit dem Eintritt der Pubertät für heiratsfähig.

b. Einfachgesetzliche Regelung der Subsidiarität des Stammesrechts

Das Verhältnis zwischen Stammesrecht und staatlichem Recht ist in Afghanistan schon immer problematisch gewesen. Während die Verfassung das Stammesrecht nicht ausdrücklich als Rechtsquelle im Rahmen der Gesetzesanwendung anerkennt, ist auf einfachgesetzlicher Ebene Art. 2 ZGB von Bedeutung:

> *Where there is no provision in the law or in the fundamental principles of the Hanafi jurisprudence of Islamic shariat, the court issues a verdict in accordance with the public convention, provided the convention does not contradict the provisions of the law or principles of justice.*

Ergibt sich demnach auch keine Regelung aus der hanafitischen Rechtslehre, kann das Gericht traditionelles Stammesrecht als Entscheidunsgrundlage herangezogen werden. Der Bezug auf das Stammesrecht wird aus der Formulierung "public convention" abgeleitet. Allerdings kann das Stammesrecht nur unter zwei Voraussetzungen als Rechtsgrundlage gelten: Zunächst liegt eine qualifizierte Subsidiarität in der Hinsicht vor, dass diese Regelungen nur angewandt werden können, wenn weder positivrechtliche Bestimmungen noch die hanafitische Rechtslehre den Sachverhalt klären. Ferner dürfen diese dem Prinzip der Gerechtigkeit nicht widersprechen. Hingegen werden keine festen Kriterien zur Ermittlung des „Prinzips der Gerechtigkeit" genannt, so dass diese Voraussetzung dem Spielraum des Richters unterliegt. Darüber hinaus wird das Stammesrecht nicht als Rechtsquelle anerkannt.

Problematisch ist, dass Art. 2 ZGB weiter geht als Art. 130 AfgVerf. Zu klären ist daher, ob Art. 130 AfgVerf hinsichtlich der richterlichen Entscheidungsgrundlage als abschließend zu betrachten ist. Der Grundsatz des Vorrangs der Verfassung spricht dafür Art. 130 AfgVerf als abschließende Regelung zu qualifizieren. Ferner stammt die Verfassung aus dem Jahre 2004, während das Zivilgesetzbuch im Jahre 1977 verabschiedet wurde, so dass auch nach dem *lex-posterior*-Grundsatz der Vorrang der Verfassung gilt. Gegen eine solche Annahme

[286] So im Ehegesetz von 1921, 1960 und schließlich auch im Ehegesetz von 1971, *Yassari*, Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Shari`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 45 (56).

[287] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Binder/Fuchs/Goldmann/Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93 (103).

[288] Vgl. Art. 70 AfgZGB.

spricht, dass die Verfassung eine subsidiäre Anwendung des Stammesrechts nicht ausdrücklich ausschließt. Daher gilt Art. 2 ZGB als ergänzende Regelung zu Art. 130 und 131 AfgVerf.

5. Zwischenergebnis

Mithin ergeben sich die für die Richter verbindlichen Rechtsquellen insbesondere aus Art. 130 AfgVerf sowie Art. 2 ZGB. Danach gilt der Vorrang positiver Rechtsnormen gegenüber den Regelungen der hanafitischen Rechtslehre. Dies stellt einen entscheidenden Unterschied zu den ihm Rahmen der Rechtssetzung zu beachtenden Rechtsquellen dar, denn Art. 3 AfgVerf verlangt, dass alle positiven Rechtsnormen mit Art. 3 AfgVerf konform sein müssen. Anders als im Rahmen der Gesetzgebung wird das Stammesrecht ausdrücklich als zulässige Rechtsquelle im Rahmen der Rechtsanwendung anerkannt. Sie kann jedoch nur herangezogen werden, wenn der Sachverhalt weder positivrechtlich geregelt ist noch eine Regelung der hanafitischen Rechtslehre ersichtlich ist. Ferner dürfen diese Regelungen dem Prinzip der Gereichtigkeit nicht widersprechen.

II. Die Rechtsquellen für die Justiz bei einem scheidungsrechtlich relevanten Sachverhalt

1. Art. 22 Abs. 2 AfgVerf

Im Hinblick auf diskriminierende Regelungen der Geschlechter ist die Rechtssetzungs- und die Rechtsanwendungsgleichheit des Art. 22 Abs. 2 AfgVerf zu beachten.

2. Scheidungsrechtlich relevanten Regelungen des Zivilgesetzbuches

Als weitere Rechtsquelle im Rahmen eines scheidungsrechtlich relevanten Sachverhalts gelten die bereits geprüften Regelungen des afghanischen Zivilgesetzbuches.[289]

3. Regelungen der relevanten Menschenrechtsabkommen

a. Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit der Normen

Die oben behandelten scheidungsrechtlich relevanten Bestimmungen der Menschenrechtsabkommen sind nur relevant, soweit sie unmittelbar anwendbar sind. Die Klärung dieser Frage ist für Afghanistan insbesondere deshalb interessant, als Afghanistan nicht das Fakultativprotokoll vom 19.12.1966[290] zum

---

[289] Vgl. Kapitel 4 A. I. 3.
[290] BGBl. II 1992, S. 1247; ferner etwa Satorius II, 20a.

Zivilrechtspakt ratifiziert hat, das die Möglichkeit der Individualbeschwerde vor dem Menschenrechtsausschuss gewährt. Folglich können sich die Bürger Afghanistans auf diese Rechte nur unmittelbar berufen, wenn sie in der innerstaatlichen Rechtsordnung unmittelbar anwendbar sind.

b. Zweistufige Ermittlung der unmittelbaren Anwendbarkeit

Zu klären ist, wie für die afghanische Rechtsordnung die unmittelbare Anwendbarkeit des Völkervertragsrechts ermittelt werden kann. Diese Frage ist in der bisherigen Afghanistan-Literatur – soweit ersichtlich – nicht analysiert worden. In der westlichen Völkerrechtslehre sind auf die Frage, nach welchen Kriterien die Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung bestimmt werden soll, unterschiedliche Antworten gegeben worden.[291] Die Befürworter der völkerrechtlichen These sehen die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung abhängig vom Inhalt und Zweck der einzelnen völkerrechtlichen Normen.[292] Auch eine Verfassungsbestimmung, die die unmittelbare Anwendbarkeit des Völkervertragsrechts anordnet, vermag an dieser Tatsache nichts zu ändern, denn diese Verfassungsregelungen seien nur anwendbar, wenn es überhaupt völkerrechtliche Normen gebe, die ihrem Inhalt nach solche Rechte und Pflichten begründen wollen.[293] Folglich ist hiernach die Frage nach der Anwendbarkeit notwendigerweise völkerrechtlicher Natur und muss mittels der völkerrechtlichen Auslegungskriterien beantwortet werden.[294] Daher ist das Völkervertragsrecht in allen Vertragsstaaten entweder unmittelbar oder lediglich mittelbar anwendbar. Diese Sichtweise scheitert allerdings an der Staatenpraxis. Sie lässt außer Acht, dass die Art und Weise der Umsetzung des Völkerrechts in das jeweilige nationale Recht den Vertragsstaaten selbst überlassen bleibt.[295] Einigen sich die Vertragsstaaten in einem völkerrechtlichen Vertrag auf ein Anwendungsgebot oder ein Anwendungsverbot, sind die innerstaatlichen Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit meist verschieden.

Für die Vertreter der landesrechtlichen Theorie ist es den Vertragsstaaten überlassen zu entscheiden, welche Bestimmungen des Völkervertragsrechts

[291] Siehe zur ausführlichen Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen, *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 52 ff. u. *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, S. 121 ff.
[292] Diese Theorie wird vor allem in der älteren Völkerrechtsliteratur vertreten, vgl. u.a. *Verdross*, Völkerrecht, S. 121 f.; *Bernhardt*, Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat, S. 26. Siehe zu den weiteren Vertreter dieser Theorie die Hinweise bei *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, S. 114, Fn. 1.
[293] *Verdross*, Völkerrecht, S. 122.
[294] *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, S. 120.
[295] *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 53.

unmittelbar und welche mittelbar anwendbar sein sollen.[296] Aufgrund ihrer völkerrechtlichen Verpflichtung käme es nur darauf an, dass die Vertragsstaaten diese erfüllen, unabhängig davon ob dies mittelbar oder unmittelbar geschehe. Die Kriterien zur innerstaatlichen Anwendbarkeit richten sich demnach allein nach landesrechtlichen Vorgaben. Der positive Aspekt dieser Theorie ist in der Berücksichtigung der heutigen Staatenpraxis hinsichtlich der Umsetzung des Völkerrechts in das Landesrecht zu sehen.[297] Allerdings versagt sie bei Vertragsbestimmungen, für welche die Vertragsparteien verbindlich über die Anwendbarkeit entschieden haben.[298] In diesen Fällen ist die Anwendbarkeit Teil des Vertragsinhalts.

Beide Theorien haben ihre Defizite: Während die völkerrechtliche These für die Bestimmungen des Völkervertragsrechts, für welche zwischenstaatlich in der Regel Anwendungsfreiheit gilt, zu keinem hinreichend differenzierten Ergebnis führt, verkennt die landesrechtliche Theorie die Möglichkeit, dass es den Staaten offen steht, sich über die Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung in verbindlicher Weise zu einigen.[299]

Daher ist in der vorliegenden Arbeit die innerstaatliche Anwendbarkeit der von Afghanistan ratifizierten völkerrechtlichen Verträge im Rahmen einer zweistufigen Prüfung zu ermitteln.[300] Zunächst ist festzustellen, ob die Vertragsstaaten eine verbindliche Vereinbarung bezüglich der innerstaatlichen Anwendbarkeit der jeweiligen Vertragsbestimmung abgeschlossen haben. Es ist demnach zu ermitteln, ob die unmittelbare Anwendbarkeit Teil des Vertragsinhaltes ist. Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor, obliegt es den Vertragsstaaten zu bestimmen, wie sie die Vertragsbestimmungen innerstaatlich anwenden wollen. Im Gegensatz zur ersten Stufe, die nach völkerrechtlichen Kriterien festgestellt werden muss, richtet sich die Feststellung dieser Frage nach landesrechtlichen Kriterien.

---

[296] Diese These wird insbesondere in den Vereinigten Staaten vertreten, siehe dazu *Iwasawa,* Self-Executing Treaties, Virginia Journal of International Law 1986, S. 626 (650); aber auch in Europa ist sie verbreitet: Siehe *Bleckmann*, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, S. 126 ff.

[297] *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 54.

[298] *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 54.

[299] *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 55.

[300] Siehe zur zweistufigen Ermittlung *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 55 ff.

aa. 1. Stufe: unmittelbare Anwendbarkeit des nach völkerrechtlichen Grundsätzen

Im ersten Schritt ist daher zu prüfen, ob die unmittelbare Anwendbarkeit des Zivilpaktes und der Frauenrechtskonvention Teil des Vertragsinhalts ist.

In diesem Zusammenhang ist entscheidend, ob der Pakt darauf angelegt ist, unmittelbar Rechte für den einzelnen zu begründen, die nicht nur international vor dem Menschenrechtsausschuss, sondern auch national vor den Gerichten geltend gemacht werden können, oder ob die Mitgliedstaaten lediglich die Pflicht haben, die jeweiligen Rechte innerstaatlich zu gewährleisten und ihnen die Wahl der Mittel überlassen bleibt.[301] Dabei ist wie folgt vorzugehen: Zunächst ist zu ermitteln, ob der Pakt selbst eine Vorschrift enthält, die ausdrücklich eine unmittelbare Anwendung ge- oder verbietet.[302] Enthält der Vertrag keinen solchen Zusatz, ist die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Norm durch Auslegung anhand der jeweiligen Vertragsbestimmungen zu klären.[303]

(1) Unmittelbare Anwendbarkeit des Zivilpakts als Teil des Vertragsinhalts?

Bei der Ausarbeitung des Pakts bestanden Meinungsverschiedenheiten zu der Frage, ob eine unmittelbare Anwendbarkeit der Paktbestimmungen ausdrücklich im Pakt selbst verboten werden sollte.[304] Ein solches Verbot hat sich jedoch nicht

---

[301] *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391 (398).

[302] Siehe zu den Beispielen *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 36 ff. u. 46 ff.

[303] Die Prüfung der ersten Stufe erfolgt hierbei nach den Auslegungsregeln der Art. 31-33 WVRK. Nach der allgemeinen Auslegungsregel des Art. 31 WVRK ist bei der Interpretation eines völkerrechtlichen Vertrages an seinen Wortlaut anzuknüpfen, welcher nach Treu und Glauben und im Lichte des Zieles und des Zweckes des ganzen Vertrages auszulegen ist. Anknüpfungspunkt der Interpretation ist damit die Erforschung des objektiven Parteiwillens, wie er aus dem Wortlaut entnommen werden kann, vgl. *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 56; allerdings hat die ILC festgehalten, dass neben dem objektiven auch der subjektive Parteiwille in eine umfassende Interpretation einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung einbezogen werden muss: „The fact that article …(32) admits recourse to the supplementary means for the purpose of „confirming“ the meaning resulting from the application of article … (31) establishes a general link between the two articles and maintains the unity of the process of interpretation" (im Vorentwurf zur WVRK entsprachen Art. 27 bzw. 28 den heutigen Art. 31 bzw. 32 WVRK.), YBILC 1966 II, S. 220; insbesondere bei multilateralen Verträgen ist jedoch der Rückgriff auf die *travaux préparatoires* unerlässlich, um zu ermitteln, wie sich die Vertragsparteien über die innerstaatliche Anwendbarkeit der jeweiligen Vertragsbestimmung geeinigt haben, vgl. *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 57.

[304] Die USA schlugen eine Regelung vor, nach der die Paktbestimmungen selbst nicht als innerstaatliches Recht wirksam werden sollten: "*The provisions of this Covenant shall not themselves become effective as domestic law*", U.N.Doc.E/CN.4/224 (1949); da andere Staaten eine solche

durchsetzen können. Daher ist die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Paktbestimmungen durch Auslegung zu ermitteln. In diesem Zusammenhang ist die Regelung des Art. 2 Abs. 2 IPbpR relevant. Darin verpflichten sich die Vertragsstaaten, „die erforderlichen Schritte zu unternehmen um die gesetzgeberischen oder sonstigen Vorkehrungen zu treffen", um den in diesem Pakt anerkannten Rechten Wirksamkeit zu verleihen. Einige Autoren argumentieren damit, dass durch die Erwähnung von gesetzlichen „oder" anderen Maßnahmen in Art. 2 Abs. 2 IPbpR der Pakt selbst nicht unmittelbar anwendbar sei.[305] Durch die Formulierung „oder", sei die Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten der Umsetzung den Vertragsstaaten überlassen. Aber Art. 2 Abs. 2 IPbpR schließt eine unmittelbare Anwendbarkeit des Pakes auch nicht aus. Dafür spricht auch die Haltung des Menschenrechtsausschusses. Dieser verlangt inzwischen eine Anwendung des Paktes selbst ("*direct application*"), und zwar entweder aufgrund eines Rechtsakts, welcher die einzelnen Paktrechte in nationales Recht inkorporiert und gleichzeitig den Rückgriff auf den Pakt ermöglicht oder durch die Behandlung des Pakts als unmittelbar anwendbar.[306] Die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit richten sich jedoch nach nationalem Recht.[307] Betrachtet ein Vertragsstaat den Pakt nicht als unmittelbar anwendbar, ist eine Inkorporation der Paktrechte in nationales Recht erforderlich.[308] Das beinhaltet eine Bezugnahme des nationalen Rechts auf den Pakt bei Wiederholung der Paktrechte in nationalem Recht.[309] Dem Menschenrechtsausschuss kommt es also darauf an, dass auf den Pakt zurückgegriffen wird, ob mittelbar durch seine Inkorporation[310] in nationales Recht oder unmittelbar durch das Vertragsrecht

---

Wirkung nicht ausschließen wollten, wurde dieser Vorschlag zurückgewiesen, U.N.Doc. E/CN.4/SR.125 (1949), Rn. 7-9, 17-19.

[305] So *Schachter*, The Obligation to Implement the Covenant in Domestic Law, in: Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights, S. 311 (313).

[306] Vgl. Concluding Observations on Denmark, U.N. Doc. CCPR/C/79ADD.68, para 17. Siehe zu weiteren Fällen *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391 (402).

[307] *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391 (402).

[308] So hat der Menschenrechtsausschuss in seinen Concluding Observations zu den überseeischen Gebieten Großbritanniens von 2001 sein Bedauern darüber bekundet, dass die Bestimmungen des Pakts nicht unmittelbar von nationalen Gerichten angewandt werden können und empfahl eine Inkorporation der Paktrechte in die jeweilige Rechtsordnungen, U.N.Doc. CCPR/CO/73/UK; CCPR/CO/73/UKOT, Rn. 23.

[309] *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002, S. 391 (403).

[310] Darunter ist in diesem Zusammenhang eine Bezugnahme des nationalen Rechts auf den Pakt bzw. eine Wiederholung der Paktrechte im nationalem Recht zu verstehen; zur rechtlichen Herleitung der Pflicht zur innerstaatlichen Anwendung siehe *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002, S. 391 (404 ff.).

selbst. Dabei reicht es nicht aus, dass dieselben Rechte im nationalen Recht gewährleistet sind. Wichtig ist, dass der Pakt selbst unmittelbar vor den Gerichten geltend gemacht werden kann ("*directly invoked*").[311] Folglich ist die Behauptung, völkerrechtliche Verträge überließen den Vertragsstaaten die freie Wahl über die Umsetzung, für den Zivilpakt aufgrund der aufgeführten Vorgaben des Menschenrechtsausschusses einzuschränken.[312] Daher reicht ein Verweis auf die Gewährleistung bestimmter Rechte in der afghanischen Verfassung oder in der afghanischen Rechtsordnung nicht aus. Nach diesen Grundsätzen gilt für die Umsetzung des Zivilpakts in der afghanischen Rechtsordnung, dass entweder die Paktrechte im nationalen Recht wiederholt werden oder sie für unmittelbar anwendbar erklärt werden müssen. Für die monistisch ausgestaltete afghanische Rechtsordnung ist anstatt einer Transformation die Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Paktrechte vorzugswürdig. Daher sind im Folgenden die Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlungsgebote auf ihre unmittelbare Anwendbarkeit zu überprüfen.

(a) Unmittelbare Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots nach Art. 26 IPbpR

Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot und das umfassende Diskriminierungsverbot nach Art. 26 IPbpR müssten demnach unmittelbar anwendbar sein. Bei der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit ist zu fragen, ob die Regelung als Entscheidungsgrundlage der innerstaatlichen Rechtsanwendungsorgane herangezogen werden kann, ohne dass der Gesetzgeber tätig werden muss.[313] Das Diskriminierungsverbot gibt eine klare Anweisung an den Rechtsanwender für die Entscheidungsfindung und bedarf daher keiner gesetzlichen Ergänzung.[314] Daher ist Art. 26 IPbpR unmittelbar anwendbar. Was Diskriminierungsverbote angeht,

---

[311] Das wird insbesondere im Falle Israels deutlich, wo sich die Garantien des Pakts in Regelungen des nationalen Rechts und in der Rechtsprechung durchaus widerspiegeln. Der Menschenrechtsausschuss drückte sein Bedauern darüber aus, dass "although some rights provided for in the Covenant are legally protected and promoted through the Basic Laws, municipal laws, and the jurisprudence of the courts, the Covenant has not been incorporated in Israeli law and cannot be directly invoked in the courts", Concluding Observations on Israel, HRC Report, in: GAOR, Suppl. No. 40, U.N. Doc, A/53/40, Vol. I, L., Rn. 305.

[312] *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002, S. 391 (418).

[313] *Zuleeg*, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, ZaöRV 1975, S. 341 (351 f.); vgl. auch *Riedel/Arend,* Zuweisung an eine Förderschule, NVwZ 2010, S. 1346 (1347).

[314] *Zuleeg*, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, ZaöRV 1975 (35), S. 341 (352); vgl. auch *Seibert-Fohr*, Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002, S. 391(405 f.).

ist im internationalen Menschenrechtsschutz grundsätzlich anerkannt, dass sie unmittelbar anwendbar sind.[315]

(b) Keine unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR

Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR gewährt kein subjektives Recht der einzelnen Ehegatten auf Beseitigung diskriminierender Regelungen.[316] Eine systematische Interpretation des Paktes unter Berücksichtigung seiner Entstehungsgeschichte und seiner Anwendung durch den Ausschuss im Individualbeschwerdeverfahren führt zu dem Ergebnis, dass Art. 23 Abs. 4 S. 1 IPbpR nicht unmittelbar anwendbar ist.[317]

(2) Unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen der Frauenrechtskonvention

Auch die Frauenrechtskonvention enthält keine Regelung, die eine unmittelbare Anwendbarkeit ausdrücklich ge- oder verbietet. In der älteren Literatur wird die unmittelbare Anwendbarkeit der Frauenrechtskonvention aufgrund eines zum damaligen Zeitpunkt fehlenden Sanktionssystems abgelehnt.[318] Mit der Verabschiedung des Fakultativprotokolls und der Möglichkeit der Individualbeschwerde änderte sich diese Sichtweise.

Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Menschenrechtsnorm kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern setzt sich aus dem Verhältnis zwischen der konkreten Formulierung des relevanten menschenrechtlichen Normbestandteils und dem jeweiligen Lebenssachverhalt zusammen.[319] Das gilt auch für die Bestimmungen der CEDAW.[320] Das afghanische Scheidungsrecht verstößt insbesondere gegen Art. 2 lit. f) und Art. 16 Abs. 1 lit. c) CEDAW.[321] Daher ist zu klären, inwiefern diese Regelungen unmittelbar anwendbar sind.

Im Hinblick auf die Rechtssetzungsgleichheit aus Art. 2 lit. f) CEDAW ergibt sich keine unmittelbare Anwendbarkeit der Norm, da diese Regelung den Handlungsspielraum umschreibt, der den Vertragsstaaten im Rahmen der mit dem Übereinkommen übernommenen Verpflichtung zustehen soll.[322] Sie bezieht sich lediglich auf das Verhältnis zwischen den Vertragspartnern. Allerdings kommt

---

[315] Vgl. *Riedel/Arend*, Im Zweifel Inklusion: Zuweisung an eine Förderschule nach Inkrafttreten der BRK, NVwZ 2010, S. 1346 (1347 f.); sowie *Bernstorff*, Zur Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge, RdJB 2011 (2), S. 203 (214).

[316] *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 23, Rn. 48.

[317] So *Nowak,* CCPR Commentary, Art. 2, Rn. 55.

[318] Siehe *Delbrück*, Konvention zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau, in: Münch (Hrsg.), FS Schlochauer, S. 247 (261).

[319] *König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, ZESAR 2004, S. 214 (219).

[320] *König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, ZESAR 2004, S. 214 (219).

[321] Vgl. Kapitel 4 A. II. 3.

[322] So OVG Münster, NJW 1989, S. 2560 (2561).

eine unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 16 CEDAW in Betracht. Nach Art. 16 Abs. 1 lit. c) CEDAW gewährleisten die Vertragsstaaten auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau gleiche Rechte und Pflichten in der Ehe und bei deren Auflösung. Diese objektive Verpflichtung kann mit Blick auf die Gewährleistung der Gleichberechtigung bzw. dem Verbot der Diskriminierung zwischen den Geschlechtern bei der Auflösung der Ehe als ein unmittelbarer Anspruch fungieren.[323]

(3) Zwischenergebnis

Nach völkerrechtlichen Grundsätzen ist von den hier bezüglich des Scheidungsrechts einschlägigen Normen Art. 26 IPbpR und Art. 16 Abs. 1 lit. c) CEDAW i.V.m. dem Diskriminierungsverbot unmittelbar anwendbar.

bb. 2. Stufe: innerstaatliche Bestimmung der unmittelbaren Anwendbarkeit

Die unmittelbare Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots zeigt die im Bereich der Menschenrechte zunehmende Tendenz, den Vertragsstaaten Vorgaben über die Art und Weise der Umsetzung zu machen.[324] Das bestehende Dilemma, dass einerseits eine möglichst effektive Umsetzung der Menschenrechte verlangt wird und andererseits den Staaten hierbei ein möglichst weiter Spielraum gelassen werden soll,[325] wird beim Diskriminierungsverbot zugunsten der Durchsetzung von Menschenrechten entschieden.

Daher bedarf es für den vorliegenden Fall grundsätzlich keiner Prüfung der 2. Stufe. Um umfassend die unmittelbare Anwendbarkeit des Völkervertragsrechts in der afghanischen Rechtsordnung behandeln zu können, erfolgt sie im Folgenden dennoch abstrakt.

(1) Allgemeines

Die Prüfung der zweiten Stufe erfolgt bei Anwendungsfreiheit. Dabei handelt es sich um Vertragsbestimmungen, bei welchen die Frage nach der innerstaatlichen Anwendbarkeit auf völkerrechtlicher Ebene offengelassen worden ist. Ist hierfür keine zwischenstaatliche Instanz bestimmt, entscheidet der einzelne Vertragsstaat anhand landesrechtlicher Kriterien über das Vorliegen einer unmittelbaren Anwendbarkeit.

Die innerstaatliche Anwendbarkeit ist ferner dann ausgeschlossen, wenn der Staat ausdrücklich oder stillschweigend (ergibt sich aus dem Gesamtzusammen-

---

[323] Vgl. *Bernstorff*, Zur Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge, RdJB 2011 (2), S. 203 (213 f.).

[324] *Seibert-Fohr*, Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391 f.

[325] *Seibert-Fohr*, Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391(392).

hang des Vertrages) einen Anwendungsvorbehalt eingelegt hat.[326] Ein solcher Ausschluss liegt seitens Afghanistans nicht vor. Darüber hinaus kann auch das nationale Recht über die Anwendungsbefugnis befinden.[327]

(2) Fehlende innerstaatliche Kriterien zur unmittelbaren Anwendbarkeit

In der Praxis der monistischen Vertragsstaaten variieren die Anforderungen hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit.[328] Die US-amerikanische Konzeption der „self-executing treaties" geht davon aus, dass Gerichte dann einen völkerrechtlichen Vertrag unmittelbar ohne die Zwischenschaltung eines nationalen Gesetzes zur Umsetzung und Konkretisierung anwenden können, wenn es keines weiteren Aktes des Gesetzgebers bedarf.[329] Nach der deutschen Rechtsprechung führt die Umwandlung eines völkerrechtlichen Vertrages in nationales Recht durch das entsprechende Zustimmungsgesetz zur unmittelbaren Anwendbarkeit einer Vertragsnorm, wenn sie ihrem Zweck, Inhalt und ihrer Form nach geeignet und bestimmt ist, eine rechtliche Wirkung im konkreten Fall zu entfalten, es also auch keiner weiteren normativen Ausführung bedarf (die Maßnahmen, die zur Ratifizierung des Vertrages führen, gehören nicht zu den weiteren Ausführungsakten).[330] Die Lösungen hierfür sind von Staat zu Staat verschieden.[331] Auch die Voraussetzungen an das Bestimmtheitskriterium variieren in den verschiedenen Ländern.[332] Gemeinsamer Grundgedanke aller Staaten ist demnach die Frage, ob die Völkerrechtsnorm so konkret ausgestaltet ist, dass sie keines weiteren ausführenden Aktes bedarf.[333]

Eine Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs oder der afghanischen Regierung zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Völkervertragsrechts ist soweit nicht ersichtlich. Zudem fehlt es afghanischen Juristen – bis hin zu den Richtern des

---

[326] *Zuleeg*, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, ZaöRV 1975 (35), S. 341 (352 f.); siehe dazu auch *Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 46 f.

[327] *Zuleeg*, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, ZaöRV 1975 (35), S. 341 (354).

[328] *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391 (395).

[329] *Cook v. United States,* 288 U.S. (2 Pet.) 253, 254 (1829): A treaty is self-executing "whenever it operates by itself without the aid of any legislative provision", zitiert nach *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391 (395).

[330] BVerfGE 6, S. 290; 29, S. 348 (360); BVerwGE 44, S. 156 (160); 88, S. 254; BGHZ 17, S. 309 (313 f.).

[331] *Bleckmann*, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, S. 15.

[332] Vgl. *Buergenthal*, Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties, RdC 1992 (235), S. 303 (395).

[333] *Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391 (395).

Obersten Gerichtshofs – an den erforderlichen rechtstechnischen Kenntnissen bezüglich des Völkerrechts. Darüber hinaus wird der Oberste Gerichtshof wohl – aufgrund seiner derzeitigen konservativen Besetzung – sehr strenge Anforderungen an die unmitttelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge stellen. Allerdings hat sich auch die afghanische Rechtsordnung an die Natur der Menschenrechtsverträge anzupassen, denn diese befassen sich nicht wie traditionelle völkerrechtliche Verträge mit den Außenbeziehungen eines Staates, sondern sind auf die Gewährleistung bestimmter Standards im nationalen Bereich gerichtet und bedürfen infolgedessen einer entsprechenden nationalen Umsetzung. Daher ist es erforderlich, dass die ratifizierten Menschenrechtsabkommen vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden können. Die Justiziabilität der Normen der Menschenrechtsverträge in der innerstaatlichen Rechtsordnung Afghanistans ist umso wichtiger, als Afghanistan nicht das Fakultativprotokoll zum Zivilpakt, das die Möglichkeit einer Individualbeschwerde vor dem Menschenrechtsausschuss gewährt, ratifiziert hat. Bei einer fehlenden innerstaatlichen Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Konventionsnormen würde der Einzelne nicht als Subjekt, sondern vielmehr als Objekt der Menschenrechtsabkommen behandelt. Eine Klärung dieser Frage in der Verfassung ist wünschenswert.[334]

cc. Zwischenergebnis

Für die monistisch ausgestaltete afghanische Rechtsordnung gilt daher Folgendes: Das Völkervertragsrecht und die staatliche Rechtsordnung bilden eine Einheit.[335] Die von Afghanistan ratifizierten Vertäge werden in ihrer Gesamtheit durch die „Öffnungsklausel" des Art. 7 AfgVerf Bestandteil der afghanischen Rechtsordnung. Aus diesem allgemeinen Status der Menschenrechtsnormen ergibt sich im Anwendungskontext sowohl eine einfache Beachtungspflicht (Menschenrechtsnorm als Begründungselement) als auch eine unmittelbare Anwendbarkeit der Völkerrechtsnorm, soweit die Voraussetzungen hierfür gegeben sind (Menschenrechtsnorm als Begründungsgrundlage).[336] Da Diskriminierungsvorschriften im internationalen Menschenrechtsschutz unmittelbar anwendbar sind, können andere Bestimmungen der Pakte in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot als Begründungsgrundlage herangezogen werden. Hinsichtlich der Diskriminie-

---

[334] Beispielsweise sieht Art. 10 der Verfassung Kasachstans (1995) vor, dass die von Kasachstan ratifizierten völkerrechtlichen Verträge Vorrang vor nationalem Recht haben und der unmittelbaren anwendbar sind, es sei denn der Vertrag sieht die Verabschiedung eines Gesetzes vor.

[335] *Holzer,* Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, S. 21.

[336] *Bernstorff,* Zur Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge, RdJB 2011 (2), S. 203 (209).

rung im Scheidungsrecht sind Art. 26 IPbpR und Art. 16 Abs. 1 lit. c) CEDAW i.V.m. dem Diskriminierungsverbot unmittelbar anwendbar.

Schließlich ist bei der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Paktbestimmungen auch von Bedeutung, inwieweit Richter mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen selbst vertraut sind. In praktischer Hinsicht sind für die unmittelbare Anwendbarkeit der Paktbestimmungen sowohl die Richter auszubilden als auch die Öffentlichkeit und die Anwaltschaft von dem Pakt zu unterrichten, damit eine mögliche Verletzung dieser Rechte auch gerichtlich überprüft werden kann.[337] Afghanische Richter müssen daher mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen, die Afghanistan eingegangen ist, vertraut gemacht werden.

4. Subsidiarität der hanafitischen Rechtslehre

Ergibt sich auch aus dem Zivilgesetzbuch keine Regelung, so sind subsidiär die Regelungen der hanafitischen Rechtslehre heranzuziehen.

5. Zwischenergebnis

Die Kollision der verschiedenen Regelungen der unterschiedlichen Rechtsquellen wurde bereits für den Gesetzgeber festgestellt: Die diskriminierenden Regelungen des Scheidungsrechts verstoßen gegen Art. 22 AfgVerf, gegen die in den beiden Menschenrechtsabkommen vorgesehenen Diskriminierungsverbote sowie gegen das Gebot der Gleichheit in der Ehe. Auch im Hinblick auf die Rechtsquellen der Justiz gilt der Vorrang der Verfassung gegenüber Völkervertragsrecht sowie den einfachen Parlamentsgesetzen. Im Rang nachfolgend kommt das Völkervertragsrecht, soweit seine Regelungen unmittelbar anwendbar sind. Diese Voraussetzung ist beim Diskriminierungsverbot gegeben. Verstoßen die Regelungen des Zivilgesetzbuchs gegen die Verfassung, so müsste man davon ausgehen, dass z.B. gleichheitswidrige Vorschriften nicht mehr angewandt werden müssen.[338] Allerdings müsste die Verfassungswidrigkeit dieser gem. Art. 121 AfgVerf vom Obersten Gerichtshof festgestellt werden.

Wird jedoch eine Differenzierung zwischen den Geschlechtern vorgenommen, so greifen die unmittelbar anwendbaren Regelungen des Völkervertragsrechts, die Vorrang gegenüber den einfachen Parlamentsgesetzen haben. Im Falle eines

---

[337] So der Menschenrechtsausschuss in seinen Concluding Observations on Uzbekistan of 2001, U.N. Doc. CCPR/CO/71/UZB, Rn. 28.

[338] Ähnlich war die Rechtslage in Deutschland mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes. Art. 117 Abs. 1 GG setzte dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist bis zum 1.4.1953, die aber fruchtlos/erfolglos verstrich. Die Aufgabe der Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben kam den Richtern zu und wurde vom Bundesverfassungsgericht für verfassungsmäßig erklärt (BVerfGE 3, S. 225), zitiert nach *Büscher*, Gleichheit im Familienrecht, in: Verschraegen, Gleichheit im Familienrecht, S. 49 (51 f.).

diskriminierenden Sachverhalts können die völkerrechtlichen Regelungen als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden.

III. Das Scheidungsrecht in der gerichtlichen Praxis

Nunmehr ist zu untersuchen, auf welche Rechtsquellen sich afghanische Gerichte bei ihrer Urteilsbegründung beziehen. Dadurch, dass afghanische Gerichte ihre Urteile grundsätzlich nicht veröffentlichen, liegt der vorliegenden Untersuchung nur ein Fall des Obersten Gerichtshofs zum Scheidungsrecht vor. Die Übersetzung wurde sinngemäß vorgenommen, da im Originaltext zahlreiche Grammatikfehler vorliegen.[339]

1. Der Fall „Samia gegen Aminullah“

a. Sachverhalt

Dem Urteil der Zivilrechtskammer lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Klägerin Samia hatte beim zuständigen Gericht in Herat die Trennung von ihrem Mann Aminullah beantragt. Als Grund hierfür nannte sie die vierjährige Abwesenheit von Aminullah. Zwei Zeugen bestätigten dies vor Gericht. Ferner wurde bereits eine Vermisstenanzeige beim Büro für „Werbung und Bekanntmachung“ gestellt. Der Vertreter des Beklagten, Ghulam Rassul Ghafari, lehnte das Scheidungsbegehren der Klägerin ab.[340]

b. Entscheidungsgründe der Urteile in den drei Instanzen

aa. Urteil 1. Instanz

Auf Grundlage der Zeugenaussage erließ das Gericht 1. Instanz folgendes die Trennung aussprechendes Urteil:

> *Wir, die Richter des Gerichts von Herat, haben in der Sitzung vom 26.12.1386[341], als die Beteiligten des Streits anwesend waren, auf der Grundlage des Art. 272 Abs. 2[342]*

---

[339] An dieser Stelle möchte ich mich ganz herzlich bei meinem Vater *Ronagul Aryobsei* für die Übersetzung der Urteile bedanken.
[340] Nach Art. 323 Nr. 1 ZGB ist bei Vermissten Personen eine Vertretung erforderlich.
[341] Nach dem abendländischen Kalender handelt es sich um den 16. März 2008.
[342] Artikel 272 Abs. 2 ZVerfG lautet in der englischen Übersetzung wie folgt: “The means of proof that form the grounds of judgment are as follows:
1 – Confession.
2 – Evidence (documents, witnesses, absolute evidence and circumstantial evidence)
3 – Oath (swearing)
4 – Retraction.”

und Art. 321[343] *des Zivilverfahrensgesetzes und in Anbetracht der Art. 194*[344] *und 195*[345] *des Zivilgesetzbuches über die Trennung und Auflösung der Ehe zwischen Samia und Aminullah ein Urteil gefällt: Wir haben der Klägerin und dem Vertreter des Beklagten mitgeteilt, dass das Urteil über die Trennung entsprechend dem Art. 197 Abs. 1*[346] *des Zivilgesetzbuches nicht widerrufbar ist. Im Falle, dass Aminllah im Laufe der in der Schariah festgesetzten Zeit nicht zurückkehrt, ist das Urteil nicht widerrufbar und sie ist nicht mehr an die Ehe gebunden.*

bb. Urteil 2. Instanz

Nachdem der Vertreter des Beklagten Berufung gegen das Urteil eingelegt hatte, lehnte das Gericht 2. Instanz sein Begehren ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil wie folgt:

Wir, die Richter der Zivilkammer des Berufungsgerichts der Provinz Herat, haben in der Sitzung vom 2.3.1387[347] *in Anwesenheit der Beteiligten auf der Grundlage des § 1383 des Druckblattes („mojalatel ahkam") und § 33*[348] *des Gesetzes über die*

---

[343] Artikel 321ZVerfG lautet in der englischen Übersetzung wie folgt:
„1 – Testimony of witnesses means giving information as to the truth in the judicial session with the wording of "I swear".
2 – The court is obligated to emphatically comply with the conditions of testimony of the witnesses.
3- From the point of view of the strength of proof, testimony is placed in the second place.
4 – The amount testimony and its conditions are subject to the rules of the Islamic law."

[344] Art. 194 ZGB lautet in der englischen Übersetzung wie folgt:
"If the husband becomes absent, without any reasonable excuse, for a period of three years or more, and in case the wife suffers a loss as result of his absence, she can demand separation from the court even though the husband may own such property from which the wife can provide her maintenance."

[345] Art. 195 ZGB lautet in der englischen Übersetzung wie folgt:
"1. In the event of the absence of husband, the court after hearing the demand of separation from the wife, shall announce, in writing, to the absent husband, and shall fix a time so that during which he should return to the family`s house or ask his wife to come to his residence.
2. Where the absent husband continues with his absence without any reasonable excuse inspit of the court announcement, or where the announcement would be impossible to reach the husband, the court, in such cases, shall order separation between the couple."

[346] Artikel 197 Abs. 1 ZGB lautet in der englischen Übersetzung wie folgt:
"1. Separation due to absence is considered as return-divorce."

[347] Nach dem abendländischen Kalender handelt es sich um den 22. Mai 2008.

[348] § 33 des Gesetzes über die Organisation und Zuständigkeit der Justiz lautet in der englischen Übersetzung wie folgt:
"(1) The Court of Appeals shall oversee the rulings and decisions of the lower courts, in situations according to the provisions of the related laws.
(2) The Court of Appeals while resolving cases set forth in paragraph (1) of this article shall reconsider the whole legal process. It may correct, overturn, amend, confirm or repeal the rulings and decisions of the lower courts."

Organisation und Zuständigkeit der Justiz, Art. 398 Nr. 4[349] *und Art. 401*[350] *des Zivilverfahrensgesetzes und entsprechend des Urteils 3/6 vom 26.12.1386*[351] *des städtischen Gerichts der Stadt Herat, das über die Trennung zwischen Samia und Aminllah ein Urteil gefällt hat, eine Entscheidung getroffen und das Urteil verkündet.*

cc. Urteil des Obersten Gerichtshofs

Die Berater[352] des Obersten Gerichtshofs haben in ihrer Empfehlung an den Obersten Gerichtshof festgestellt, dass die Urteile der vorherigen Instanzen sowohl mit dem Gesetz als auch mit der *šarī`a* zu vereinbaren seien. Hierauf basierend urteilte der Oberste Gerichtshof wie folgt:

Die Richter der Kammer für Zivil- und Öffentliches Recht der Stera Mahkama bestätigten und bestätigen in der Sitzung vom 28.6.1387[353] *übereinstimmend entsprechend dem § 26 Abs. 2*[354] *des Gesetzes über Organisation und Zuständigkeit der Justiz und § 451 Abs. 2*[355] *des Zivilverfahrensgesetzes und dem Urteil Nr. 22 vom 2.3.1387 des Berufungsgerichts der Provinz Herat, das Urteil 3/6 vom 26.12.1386 des städtischen Gericht der Stadt Herat, die Vereinbarkeit der Entscheidung mit dem Gesetz.*

c. Kritische Betrachtung

Die Urteile sollen im Folgenden daraufhin untersucht werden, auf welche Rechtsquellen sich die Richter bei ihrer Urteilsfindung berufen und ob sie sich an die Vorgaben des Art. 130 AfgVerf gehalten haben.

aa. Nicht durchgehende Beachtung des Grundsatzes des Vorrangs des Gesetzes

Das Gericht 1. Instanz nennt als Entscheidungsgrundlage für das Urteil § 272 Abs. 2 und § 321 Zivilverfahrensgesetz sowie § 194 und 195 ZGB. Damit

---

[349] Artikel 398 Nr. 4 ZVerfG lautet in der englischen Übersetzung wie folgt:
"The higher court after the preliminary proceedings of the case shall have the following jurisdiction at the final stage: … (4) Approval of the decision of the lower court, in case its conformity with the law is established as a result of a review."

[350] Art. 401 ZVerfG lautet in der englischen Übersetzung wie folgt:
"Affirmation of the decisions of lower courts by higher courts shall take place by a ruling."

[351] Nach dem abendländischen Kalender handelt es sich um den 16. März 2008.

[352] Nach Art. 22 ff. des Gesetzes über die Organisation und Zuständigkeit der Justiz gehören dem Obersten Gerichtshof auch Rechtsberater, die zwecks Urteilsfindung den Richtern einen Bericht vorlegen.

[353] Nach dem abendländischen Kalender handelt es sich um den 18. September 2008.

[354] Artikel 26 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation und Zuständigkeit der Justiz lautet wie folgt:
"Affirmation of the decisions of lower courts by higher courts shall take place by a ruling."

[355] Artikel 451 Abs. 2 des ZVerfG lautet in der englischen Übersetzung wie folgt:
"If the said office becomes confident as a result of close attention that the judgment of the lower court has been issued in conformity with the rules of Islamic law, it shall reject the complaint and objection and issue a ruling for the application of the final judgment."

stützt es sich in erster Linie auf die für den konkreten Fall einschlägigen Gesetze, wie es Art. 130 AfgVerf fordert. Allerdings wird in dem Urteil 1. Instanz im Hinblick auf den Zeitraum der Abwesenheit auf die Regelungen der *šarī`a* verwiesen:

> *Im Falle, dass Aminullah im Laufe der, in der Schariah festgesetzten Zeit, nicht zurückkehrt, ist das Urteil nicht widerrufbar und sie ist nicht mehr an die Ehe gebunden.*

Auf das islamische Recht können sich die Richter aber nur berufen, wenn (1) eine Gesetzeslücke besteht und (2) die Regelungen der hanafitischen Rechtslehre im Rahmen der Verfassung angewandt werden. Auf das islamische Recht als Rechtsquelle kann bezüglich des Zeitraumes der Abwesenheit des Mannes nur Bezug genommen werden, wenn dieser Sachverhalt nicht gesetzlich geregelt ist.

In den §§ 194 ff. ZGB sind jedoch die Modalitäten der Auflösung der Ehe bei unentschuldigter Abwesenheit des Mannes festgelegt. Folglich kommt dem islamischen Recht vorliegend keine ergänzende Funktion zu. Zudem wird in der Entscheidungsfindung ausdrücklich nur die *šarī`a* und nicht die hanafitische Rechtslehre erwähnt. Ein Verweis auf die *šarī`a* macht allerdings auch nur Sinn, wenn die Richter von einem weiten Begriff der *šarī`a* ausgehen, da der Mindestzeitraum der Abwesenheit des Mannes für die Auflösung der Ehe, in den Rechtsschulen entwickelt wurde und nicht im *qur`ān* festgesetzt ist.[356] Nach der hanafitischen Rechtslehre kann die Ehe im Falle der Abwesenheit des Mannes dann aufgelöst werden, wenn 90 Jahre seit der Geburt der vermissten Person vergangen sind.[357] Damit wäre die Auflösung der Ehe praktisch nicht durchführbar. Im vorliegenden Fall sind jedoch nur vier Jahre vergangen und das Gericht hat eine Trennung angeordnet. Auch wenn eine Gesetzeslücke bestehen würde, stimmt die Rechtsanwendung nicht mit der hanafitischen Rechtslehre überein. Daher liegt ein doppelter Verstoß gegen Art. 130 AfgVerf vor. Auf diesen Rechtsfehler machen die weiteren Instanzen nicht aufmerksam. Vielmehr beziehen sich die Berater des Obersten Gerichtshofs auf die Vereinbarkeit der vorherigen Urteile mit Gesetz und der *šarī`a*. Das wird auch nicht durch den Obersten Gerichtshof korrigiert.

bb. Nichtbeachtung des konkurrierenden Art. 119 ZVerfG

Bezüglich der Dauer der Abwesenheit des Mannes konkurrieren die gesetzlichen Regelungen des Art. 194 ZGB und Art. 119 ZVerfG miteinander. Nach Art. 194 ZGB kann die Ehefrau vor Gericht die Scheidung beantragen, wenn der Ehemann mindestens drei Jahre ohne entschuldigenden Grund abwesend gewesen ist und die Ehefrau dadurch einen Schaden erleidet. Hiervon abweichend

---

[356] Vgl. *Rohe*, Das islamische Recht, S. 94.

[357] *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 160.

regelt Art. 119 ZVerf, dass in diesen Fällen eine Auflösung der Ehe erst nach vier Jahren möglich ist. Folglich liegt ein gesetzlicher Widerspruch vor. Das Gericht 1. Instanz bezieht sich auf Art. 194 ZGB, ohne die Vorschrift des Art. 119 ZVerfG, anzusprechen. Sowohl das Berufungs- als auch das Revisionsgericht bestätigt diese Haltung. Da im vorliegenden Fall der Ehemann von Aminah über vier Jahre abwesend ist, sind die Voraussetzungen beider Normen erfüllt, so dass eine Klärung dieser Frage für den Fall nicht entscheidend war. Aufgrund der Präjudizwirkung[358] seiner Entscheidung hätte die Zivilrechtskammer des Obersten Gerichtshof klarstellen müssen, ob sie bezüglich dieser beiden Regelungen dem Posterioritätsgrundsatz folgt und damit Art. 119 Zivilverfahrensgesetz aus dem Jahre 1990 anwendbar ist oder die spezielleren Regelungen des Art. 194 ff. ZGB greifen.

cc. Nichtbeachtung des Verfassungs- und Völkerrechts

Insbesondere problematisieren die Gerichte einen möglichen Verstoß der scheidungsrechtlichen Regelungen gegen Art. 22 Abs. 2 AfgVerf gar nicht. Ferner ist das völkerrechtliche Diskriminierungsverbot in keiner der Entscheidungen angesprochen. Bei einer konsequenten Anwendung des Diskriminierungsgrundsatzes und dem Gebot der Gleichbehandlung bei Auflösung der Ehe müsste auch der Ehefrau bei der Trennung das Recht zur uneingeschränkten Verstoßung des Ehemannes zustehen. Diese Haltung verwundert allerdings nicht, denn nach dem bisher Gesagten ist das Völkerrecht ohnehin für die überwiegende Mehrheit der afghanischen Juristen eine völlig fremdartige Materie, der zudem mit Misstrauen begegnet wird.[359]

2. Fazit: Kein gängiger Fall

Positiv zu bewerten ist allerdings, dass der Frau das Scheidungsrecht eingeräumt wird und hierzu das kodifizierte Recht herangezogen werden. Nach der „MPI-Fact Finding Mission 2005" wenden Richter bei etwaigen Scheidungsfällen nur die Regelungen der hanafitischen Rechtsschule an.[360] Folglich würden die im afghanischen Zivilgesetzbuch eingeführten Regelungen der malekitischen

---

[358] Die Präjudizwirkung erfolgt aus Art. 28 des Gesetzes über die Organisation und Zuständigkeit der Justiz, der wie folgt formuliert ist: "The orders and *Qarars* by the higher court shall be enforceable on the lower courts on newly resolving of cases."

[359] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Binder/Fuchs/Goldmann/Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93.

[360] Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg, Family Structures and Family Law in Afghanistan, A Report of the Fact-Finding Mission Mission to Afghanistan, S. 4, im Internet aufrufbar unter http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/mpi-report_on_family_structures_and_family_law_in_afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2012.

Rechtsschule, die der Ehefrau weitergehende Scheidungsrechte ermöglicht, den Frauen nicht zugute kommen.[361] Daher stellt der hier behandelte Fall eine Ausnahme gegenüber der in den Gerichten herrschenden üblichen Rechtspraxis dar. Nicht zuletzt dadurch kann erklärt werden, dass dieser Fall im Band der Veröffentlichungen des Obersten Gerichtshofs aufgenommen wurde. Grundsätzlich sind scheidungsrechtlich relevante Fälle eher seltener vor den staatlichen Gerichten anzutreffen. Innerfamiliäre Konflikte, und dazu gehört auch die Scheidung, gilt es in der Großfamilie zu klären, um sie so aus Angst vor Schande nicht publik zu machen.[362] Gelangen sie doch an die Öffentlichkeit, so beschäftigen sich die lokalen Stammesgerichte mit ihnen.[363] In den paschtunischen Gebieten sind das die *jirgas*. Diese sind mit Männern von hohem sozialem Status besetzt.[364] Grundlage der Entscheidungen ist das oben beschriebene Stammesrecht (Paschtunwali). Bleibt zu hoffen, dass sich künftig weitere Studien mit einer Analyse von Gerichtsentscheidungen beschäftigen können.

C. *šarīʿa*-Konformität und ihre völkerrechtlichen Auswirkungen

Sowohl nach der Stufenordnung der rechtsverbindlichen Quellen für den Gesetzgeber als auch im Wege der „systemkonformen Auslegung“ setzt sich im Konfliktfall mit den weiteren Rechtsquellen das Primat der *šarīʿa*-Konformität durch. Mit Blick auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen Afghanistans sind daher Spannungen vorprogrammiert. Während auf nationaler Ebene demnach die Islamkonformität aller Rechtsnormen gilt, sind auf völkerrechtlicher Ebene ratifizierte Abkommen einzuhalten. So kommt es allein schon in der Theorie zu zahlreichen Konfliktfällen im Hinblick auf die *šarīʿa*-Konformität der Rechtsordnung auf der einen Seite sowie Beachtung der von Afghanistan ratifizierten internationalen Menschenrechtsverträge auf der anderen Seite. Zu diesen spannungsgeladenen Themen gehören über die bereits behandelte Frage der Ungleichbehandlung der Geschlechter im klassisischen islamischen Recht insbesondere drakonische Körperstrafen und der Umgang mit Apostasie.

Dieses ambivalente Verhältnis hat sich auch schon in den Diskussionen im Parlament gezeigt. Als Beispiel hierfür sind die Debatten um das Jugendstrafgesetz, dem die Nationalversammlung Anfang 2008 zustimmte, zu nennen.[365] Während die Mehrheit in beiden Häusern der Auffassung war, dass die Strafmün-

[361] *Schneider,* Registration, Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2005-2006, S. 209 (232).
[362] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (283).
[363] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (283).
[364] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (284).
[365] Im Folgenden *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert, Normative Pluralität ordnen S. 257 (268).

dikgeit von Jungen mit 18 und die von Mädchen mit 17 beginnen müsste und diese Ansicht mit den Regelungen der *šarī`a* und Art. 3 AfgVerf stützten, lehnten reformorientierte Abgeordnete die Strafmündigkeit von Mädchen mit 17 Jahren mit Blick auf die internationalen Menschenrechtsverträge und Art. 7 AfgVerf ab. Mangels einer Kollisionsregelung blieb der Konflikt bestehen. Schließlich verweigerte Präsident *Hamid Karzai* seine Zustimmung zu dem Gesetz.

Um mögliche Widersprüche zwischen dem islamischen Recht und den von Afghanistan ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen vermeiden zu können, ist das Verhältnis dieser Rechtsgebiete zueinander darzustellen. Möglicherweise kann ein Konflikt dadurch verhindert werden, dass zumindest eines dieser Regelungssysteme das Bestehen der anderen anerkennt bzw. duldet. Darüber hinaus ist nach weiteren Möglichkeiten zur Vermeidung eines Widerspruchs zu suchen.

I. Die Position des islamischen Rechts zum Völkerrecht

Zunächst ist die Position des islamischen Rechts zum Völkerrecht zu klären. Dabei ist zu untersuchen, ob nicht das islamische Recht völkerrechtliche Verträge anerkennt, so dass sie mittelbar als Quelle des islamischen Rechts selbst gelten.[366] Für eine solche Prüfung spricht, dass der Grundsatz des *pacta sunt servanda* ein fundamentales Prinzip des islamischen Rechts ist.[367] Dieses Prinzip wird aus dem *qur`ān* selbst abgeleitet.[368] Darin wird die Einhaltung vertraglicher Verpflichtungen – auch gegenüber Nicht-Muslimen – als religiöse Pflicht auferlegt.[369]

Das klassische islamische Recht sieht sich aufgrund seines göttlichen Ursprungs als einziges für die Muslime gültiges Recht, sowohl im Inneren als auch nach außen.[370] Folglich tritt im islamischen System kein Konflikt des inneren Rechts und des internationalen Rechts in Erscheinung, da es ein einziges Recht, die *šarī`a* gibt, die das Leben der Muslime in seiner Gesamtheit beherrscht.[371]

Es enthält aber auch Regelungen für die Außenbeziehungen der Muslime. Diese werden *siyar* genannt.[372] Die *siyar* bilden einen Bestandteil der *šarī`a* in ihrer Gesamtheit, so dass ihre Regeln ebenfalls aus den gängigen Quellen des islamischen Rechts abgeleitet werden.[373] Bereits in frühen Werken zum islamischen Recht wurde eine grundsätzliche Zweiteilung der Welt – in das islamische Herrschaftsgebiet (*dār al-Islām*, „Haus des Friedens“) auf der einen und den Rest

---

[366] Grundlegend zum Völkerrecht im islamischen Recht siehe *Kruse,* Islamische Völkerrechtslehre; *Lohlker,* Islamisches Völkerrecht; *Salem*, Islam und Völkerrecht.
[367] *Schacht*, Islamic Law in Contemporary States, Am. J. Comp. L. 1959, S. 133 (139); *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 200.
[368] Sure V:1; IX:4; XVI: 91.
[369] *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 198.
[370] *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 94.
[371] *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 98.
[372] Vgl. *Lohlker,* Islamisches Völkerrecht, S. 23.
[373] *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 98.

der Welt (*dār al- ḥarb,* „Haus des Krieges") auf der anderen Seite – vorgenommen.[374] Diese Doktrin ließ dauerhafte Friedensschlüsse nicht zu, sondern lediglich zeitlich begrenzte Waffenstillstände im Falle der eigenen Unterlegenheit.[375] Endgültiges Ziel der *siyar* ist es einerseits Frieden innerhalb des Gebiets zu erreichen, welches unter der Geltung des islamischen Rechts steht, und andererseits die Ausdehnung dieses Gebiets.[376] Bis zur völligen Islamisierung wird die Beziehung zur Welt außerhalb des *dār al-Islām* nach den Grundsätzen des *ǧihād*[377] geregelt. Zwar gelten die *siyar* zutreffend als „Außenrecht" des Islams, mit den Regelungen des modenen Völkerrechts können sie allerdings nicht verglichen werden, da nur der Gemeinschaft der Muslime eine Subjektsqualität zukommt und das *dār al- ḥarb* als bloßes Objekt der Regelungen des islamischen Rechts gesehen wird.[378]
Ein völkerrechtlicher Vertrag im Sinne des modenen Völkerrechts würde nur dann nach den Regelungen des islamischen Rechts vorliegen, wenn diese Abschlüsse von Verträgen zwischen der muslimischen Gemeinschaft und nichtmuslimischen Staaten auf Augenhöhe zulassen.[379]

Die *siyar* enthalten allerdings auch die Möglichkeit eines sog. Sicherungsvertrages (*muwāda`a*). Dieser erlaubt von dem grundsätzlichen Kriegszustand der muslimischen Gemeinschaft mit der Außenwelt unter bestimmten Voraussetzungen eine Unterbrechung.[380] Gegenstand eines solchen Vertrages ist in der Regel die befristete gegenseitige Garantie auf Sicherheit vor den eigenen kriegerischen Unternehmungen.[381] Hintergrund hierfür ist der Gedanke, dass es faktisch unmöglich ist, einen ständigen Krieg oder kriegsähnlichen Zustand aufrechtzuerhalten. An diese Verträge muss sich auch die muslimische Partei halten, denn die Einhaltung von Verträgen und damit auch von völkerrechtlichen Verträgen gilt – wie bereits erwähnt - als eine religiöse Verpflichtung.[382] Die *muwāda`a* als Vertragsform bietet zwar eine Möglichkeit für gleichberechtigte Beziehungen zwischen den abschließenden Parteien an, dennoch kann sie nicht mit einem

---

[374] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 149; *Lohlker,* Islamisches Völkerrecht, S. 23.
[375] *Rohe*, Das islamische Recht, S. 149.
[376] *Khadduri,* International Law, Islamic, in: Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Band III 2, S. 1236; *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden, S. 142.
[377] Siehe zum Begriff des *ǧihād* Kapitel 1 A. XII.
[378] Siehe im Einzelnen dazu *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden, S. 146 ff.
[379] *Kruse*, Islamische Völkerrechtslehre, S. 8.
[380] Einen guten Überblick hierzu bietet *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden, S. 157 ff; siehe zu den Bedingungen *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 199.
[381] *Kruse*, Islamische Völkerrechtslehre, S. 86 ff.; *Lohlker,* Islamisches Völkerrecht, S. 23; *Pohl,*Islam und Friedensvölkerrecht, S. 81; vgl. auch *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 198;
[382] *Habachy,* Property, Right and Contract in Muslim Law, 62 Colum. L. Rev. 1962, S. 461.

völkerrechtlichen Vertrag im modernen Sinne verglichen werden.[383] Problematisch ist schon, dass diese Vertragsform als befristet angesehen wird,[384] wobei maximal eine Zeitdauer von zehn Jahren gewährt wird.[385] Ferner sieht das klassische islamische Recht eine Teilung der muslimischen Gemeinschaft nicht vor, so dass dieser Grundsatz nicht mit der souveränen Gleichheit der Staaten im modernen Völkerrecht zu vereinbaren ist.[386] Während sich in Europa mit dem Sieg des modernen Staatsdenkens das Territorialprinzip durchgesetzt hat, ist nach dem klassischen islamischen Recht das Personalprinzip entscheidend.[387] Schließlich gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit lediglich innerhalb der Grenzen der *šarī`a* inhaltlich nicht zu vereinbaren sind.[388]

Afghanistan selbst gehörte bis 1921 zu den Staaten, die in ihren Beziehungen zu anderen Staaten in erster Linie die *šarī`a*, das Stammesrecht und die vertraglichen Abmachungen zugrunde legten.[389] Eine Anwendung des Völkerrechts im westlichen Sinne ist nicht dokumentiert.[390] Alle überlieferten Abkommen zwischen der Staatsgründung Afghanistans und der Regierung Amānullāhswurden von westlichen Staaten wie England oder Russland mit oder über Afghanistan abgeschlossen. In der Regel bezweckten diese Abkommen Afghanistan als Pufferstaat zwischen den beiden Großmächten zu erhalten.[391] Erst unter König *Amānullāh* näherte sich Afghanistan der westlichen Völkerrechtsgemeinschaft, indem es gleichzeitig versuchte, die Herrschaft der *šarī`a,* soweit sie die moderne staatliche Entwicklung behinderte, zu begrenzen.[392]

Mithin lässt sich feststellen, dass das klassische islamische Recht keinen Anwendungsbereich für die Regelungen des modernen Völkervertragsrechts offen lässt. Allerdings findet sich die klassische Unterscheidung zwischen dem Haus des Islams und dem Haus des Krieges heute nur noch in ideologischen Positionen muslimischer Extremisten wieder.[393] Sie scheint kaum mehr als Grundlage für moderne islamische Konzeptionen zu dienen, andere Ansätze liegen bereits vor.[394] Stattdessen wird argumentiert, dass man heute in einem gemeinsamen Haus, *dār*

---

383 Vgl. *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden, S. 164.
384 Siehe zur Dauer der Abkommen *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 205.
385 *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 198; *Kruse*, Islamische Völkerrechtslehre, S. 70 ff.
386 *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden, S. 163 f.
387 Vgl. *Schwager,* Die Entwicklung Afghanistans als Staat, S. 50.
388 *Salem*, Islam und Völkerrecht, S. 200; vgl. auch *Schwager,* Die Entwicklung Afghanistans als Staat, S. 51.
389 *Schwager,* Die Entwicklung Afghanistans als Staat, S. 52.
390 *Schwager,* Die Entwicklung Afghanistans als Staat, S. 52.
391 *Schwager,* Die Entwicklung Afghanistans als Staat, S. 53.
392 *Schwager,* Die Entwicklung Afghanistans als Staat, S. 52.
393 *Rohe,* Das islamische Recht, S. 258.
394 *Schneider,* Islamisches Recht, in: Langenfeld/dies. (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 (147).

wāhida, das auf einem internationalen Abkommen basierenden „Ausgleichsvertrag“ beruhe, lebt.[395]

Historisch gesehen hat die religiös-politische Gemeinschaft der Muslime (*umma*) nur in der Zeit nach der Emigration Muhammeds im Jahre 622 existiert.[396] Hier bildeten Staat, Recht und Religion durch die Führung des Propheten und seine göttlichen Offenbarungen eine bruchlose Einheit, in der die Politik die Verwirklichung der Offenbarung bedeutete und Recht direkt aus der Praxis des Propheten resultierte.[397] Der Bruch zwischen diesem Anspruch und den realen politischen Gegebenheiten ist bereits nach dem Tod Muhammeds festzustellen, denn zu diesem Zeitpunkt musste aufgrund fehlender struktureller und funktioneller Vorgaben des Propheten für einen islamischen Staat – zumindest bei den Sunniten, bald auch auch bei den Schiiten, die Staatsform neu ausgehandelt werden.[398] Nunmehr ist die islamische Staatenwelt geprägt von einer Vielzahl politischer Strukturen.[399] Darüber hinaus schließen – soweit ersichtlich – alle Staaten mit muslimischer Bevöllkerungsmehrheit völkerrechtliche Verträge im modernen Sinne mit nicht-islamischen Staaten ab, ohne die im klassischen islamischen Recht vorzufindende Teilung des *dār al-Islām* und des *dār al-harb* vorzunehmen. Ferner sind auch alle Staaten mit muslimischer Bevölkerungsmehrheit Mitglieder der Vereinten Nationen und damit verpflichtet, auf dem Grundsatz der souveränen Gleichheit freundschaftliche Beziehungen zwischen den Nationen zu entwickeln, auf Gewalt zu verzichten sowie internationale Streitigkeiten im Einklang mit dem Völkerrecht zu lösen.[400]

Daher kommt es darauf an, ob durch die moderne Praxis der muslimischen Staaten auch zugleich eine Änderung des islamischen Rechts angenommen wird. *Ann Elizabeth Mayer* argumentiert, dass die moderne Staatenpraxis keineswegs als Rechtsquelle anerkannt werden kann, sondern nur jene der ersten rechtsgeleiteten Kalifen.[401] Folglich müsste man vertreten, dass mit dem Abschluss bi- oder multilateraler Verträge durch muslimische Staaten nicht das islamische Recht das Völkerrecht akzeptiert, sondern die islamischen Staaten sich hinsichtlich ihrer

---

[395] Siehe dazu m.w.N. *Rohe,* Das islamische Recht, S. 258.
[396] *Schneider,* Muslime in der Diaspora, in: Langenfeld/Lipp/dies. (Hrsg.), Islamische Religionsgemeinschaften, S. 61 (64).
[397] *Schneider,* Muslime in der Diaspora, in: Langenfeld/Lipp/dies. (Hrsg.), Islamische Religionsgemeinschaften, S. 61 (64).
[398] *Schneider,* Muslime in der Diaspora, in: Langenfeld/Lipp/dies. (Hrsg.), Islamische Religionsgemeinschaften, S. 61 (64).
[399] *Schneider,* Muslime in der Diaspora, in: Langenfeld/Lipp/dies. (Hrsg.), Islamische Religionsgemeinschaften, S. 61 (64).
[400] *Marboe,* Völkerrecht und Islamisches Recht, in: dies./Reinich/Wittich, Zwangsarbeiter und Restitution, S. 88 (91).
[401] *Mayer,* War and Peace in the Islamic Tradition and International Law, in: Kelsay/Johnson (Hrsg.), Just War and Jihad, S. 195 ff.

Außenbeziehungen teilweise säkularisiert haben und die Regelungen des Völkerrechts akzeptieren.[402]

Versteht man jedoch das islamische Recht im Sinne *Alis* als „operatives islamisches Recht", das sich national, eventuell auch regional und je nach Akteursebene und Sichtweise unterscheidet, so hat sich durch die geänderte Staatenpraxis auch das Verhältnis des islamischen Rechts zum modernen Völkerrecht weiterentwickelt.[403] Ein Anknüpfungspunkt zur Harmonisierung der Menschenrechtsverträge mit den Regelungen des Islams ist es daher, Positionen zu stärken, die für eine Ausdehnung der Verträge auf das Völkervertragsrecht sprechen. Unter den Befürwortern der Reform des Islams plädiert insbesondere *Abdullahi Ahmed An-Na`im* für eine Reform des öffentlichen Rechts des Islams.[404]

Unabhängig von der Frage, inwieweit das islamische Recht das Völkervertragsrecht im modernen Sinne anerkennt, ist zu beachten, dass dieser Vertrag in inhaltlicher Sicht nicht den Regelungen des islamischen Rechts widersprechen darf. Daher ist die Frage nach einer „modernen" Auslegung des islamischen Rechts eine sehr zentrale.

II. Die Position des Völkerrechts zum islamischen Recht

Zu klären ist nun die Position des Völkerrechts zum islamischen Recht. Dabei ist es möglich diesen Aspekt aus zwei unterschiedlichen Perspektiven zu beleuchten. Zum einen ist es relevant die Position des Völkerrechts gegenüber Einschränkungen von Paktrechten aus religiösen Gründen darzulegen, auf der anderen Seite handelt es sich bei dem Postulat der *šarī`a*-Konformität nach Art. 3 AfgVerf um eine Vorschrift des innerstaatlichen Rechts. Im letzten Falle handelt es sich um das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht.

1. Keine Anerkennung der Religion als Rechtfertigungsgrund

Zunächst ist zu klären, wie das Völkerrecht damit umgeht, dass Staaten aufgrund religiöser Vorgaben nicht ihren Verpflichtungen aus den Menschenrechtsverträgen nachkommen. In seinen bisherigen Erklärungen und Empfehlungen hat der Menschenrechtsauschuss klar zum Ausdruck gebracht, dass er die Religion und auch nicht den Islam als Staatsreligion als Rechtfertigungsgrund für etwaige Verstöße gegen den Menschenrechtspakt anerkennt.[405] Damit billigt er keine Relativierung des universalen Anspruches des Paktes unter Verweis auf die zeitlose Geltung der Religion des Islam. Sonst wäre die universelle Geltung der

---

[402] *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden, S. 167; vgl. auch *Khadduri,* International Law, Islamic, in: Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Band III 2, S. 1236 (1241).
[403] *Ali*, Gender and Human Rights, S. 90.
[404] *An-Na`im,* Toward an Islamic Reformation, S. 182 ff.
[405] Vgl. Kapitel 4 II. 3. a. dd.

Menschenrechte gefährdet. Auch wenn der Menschenrechtsausschuss die Religion nicht schon pauschal als Rechtfertigungsgrund ablehnen würde, wäre es schwierig - gerade mit Blick auf die Pluralität im islamischen Recht und seiner vielfältigen Interpretationsmöglichkeiten und Interpretationspraxis - hierbei einheitliche Standards zu erreichen.

2. Die Position des Völkerrechts zu kollidierenden Regelungen des nationalen Rechts

Auch auf völkerrechtlicher Ebene gilt der Grundsatz des *pacta sunt servanda,* der besagt, dass sich der Staat von seiner Verpflichtung nicht einseitig lossagen kann, sondern an den Vertrag gebunden ist. Dieses Prinzip ist gewohnheitsrechtlich anerkannt und findet seine Kodifizierung in Art. 26 WVK.[406] Afghanistan hat zwar diese Konvention am 23. Mai 1969 unterzeichnet, allerdings noch nicht ratifiziert.[407] Daher finden die Bestimmungen der WVK nur Anwendung, soweit es sich hierbei um allgemeine Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts handelt. Für den Zeitraum zwischen Vertragsunterzeichnung und Ratifizierung gilt jedoch Art. 18 WVK. Danach trifft die Unterzeichnertstaaten die Verpflichtung, „sich aller Handlungen zu enthalten, die Ziel und Zweck des Vertrages vereiteln würden". Folglich hat schon die Unterzeichnung durch einen Vertragsstaat die Beachtung des Ziels und Zwecks der WVK zur Folge.

a. Keine Umgehungsmöglichkeiten eines völkerrechtlichen Vertrages

Art. 27 WVK bestimmt, dass eine Vertragspartei sich nicht auf nationales Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen. Hierbei handelt es sich um eine kodifikatorische Ausprägung eines allgemeinen Grundsatzes des Völkergewohnheitsrechts,[408] so dass er auch Staaten bindet, die diese Konvention nicht ratifiziert haben. Demnach kann sich Afghanistan bei Verletzung der von ihm ratifzierten internationalen Verträge nicht auf abweichendes innerstaatliches Recht, beispielsweise die Vorgaben des Art. 3 AfgVerf, berufen.[409] Anders sieht die Umsetzung dieses Grundsatzes in der afghanischen Rechtspraxis aus. Aufgrund der schlechten Informationslage hinsichtlich der Umsetzung des Völkervertragsrechts in Afghanistan ist es für die Mehrheit der Richter und Staatsanwälte unverständlich, dass die völkerrechtlichen Verpflichtungen

[406] *Pfeffer,* Das Verhältnis von Völkrerecht und Landesrecht, S. 170.

[407] Siehe dazu die Vertragssammlung der Vereinten Nationen, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=IND&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en, zuletzt aufgerufen am 7. Februar 2011.

[408] Gutachten des Ständigen Internationalen Gerichtshofes vom 31. Juli 1930, *Greco-Bulgarian Communities Case,* PCIJ Series B No. 17, S. 32.

[409] So auch *Lee*, Legal Reform to Advance the Rights of Women in Afghanistan, Santa Clara L.Rev. 2009, S. 531 (542).

Afghanistans im Außenverhältnis unabhängig von der nationalen Rechtslage bestehen.[410]

Von diesem Grundsatz macht Art. 46 WVK eine Ausnahme. Danach kann sich ein Staat nicht auf die Verletzung innerstaatlicher Bestimmungen über die Zuständigkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge beziehen, es sei denn diese waren offenkundig und betrafen eine Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung. Im afghanischen Kontext könnte diese Vorschrift relevant werden, als behauptet wird, dass mittlerweile nicht mehr nachvollziehbar sei, wer auf afghanischer Seite die Frauenrechtskonvention ratifiziert hat.[411] Allerdings ist es im Laufe der Arbeit nicht möglich gewesen – trotz vieler Bemühungen – nähere Informationen über die Umstände der Ratifikation der Frauenrechtskonvention zu erhalten, so dass eine Anwendung des Art. 46 WVK aufgrund fehlender bzw. zu geringer Angaben nicht in Betracht zu ziehen ist.

b. Möglichkeit des Vorbehalts zur Vermeidung eines Spannungsverhältnisses

Möchte sich ein Staat völkerrechtlich binden, befürchtet aber zugleich, die innerstaatliche Rechtslage werde dem Vertrag nicht gerecht, so kann er Widersprüche zu den fraglichen Abkommen und Verträgen am bequemstem dadurch vermeiden, dass er bei der Ratifizierung Vorbehalte formuliert.[412]

Das Recht eines Staates, einen Vorbehalt einzulegen, gründet auf seiner Souveränität kraft der es ihm frei steht, sich vertraglich zu binden und den Umfang seiner Bindung selbst zu bestimmen.[413] Von dieser Möglichkeit machen zahlreiche muslimische Staaten Gebrauch.[414] Diese souveränitätsfreundliche Lösung ist jedoch zugleich die am wenigsten völkerechtsfreundliche.[415]

---

[410] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Binder/Fuchs/Goldmann/Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93 (102).

[411] So *Shukria Barakzai* im Gespräch mit der Verfasserin am 10. März 2012 in Kabul.

[412] *Sommermann,* Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (395); *Verdross/Simma,* Universelles Völkerrecht, S. 375.

[413] *Hingst,* Auswirkungen von Globalisierung auf völkerrechtliche Verträge, S. 230.

[414] Siehe zu den Vorbehalten islamisch geprägter Staaten zur Frauenrechtskonvention *Chinkin,* Reservation to CEDAW, in: Chinkin and Others / Gardner (Hrsg.), Human Rights as General Norms, S. 64-84; *Connors,* The Women`s Convention in the Muslim Word, in: Chinkin and Others / Gardner (Hrsg.), Human Rights as General Norms, S. 86-103; *Mayer,* Islam and Human Rights, S. 13-17; *dies.*, Religious Reservations to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, in: Howland (Hrsg.), Religious Fundamentalism and the Human Rights of Women, S. 105-116; *dies.,* Internationalizing the Conversation on Women`s Rights, in: Yazbeck Haddad / Freyer Stowasser / et al. (Hrsg.), Islamic Law and the Challenges of Modernity, S. 133-160.

[415] Vgl. *Sommermann,* Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (395).

Die Möglichkeit, einen Vorbehalt einzulegen, ist sowohl völkergewohnheitsrechtlich anerkannt als auch in der WVK kodifiziert.[416] Art. 2 Abs. 2 lit. d) WVK definiert den Vorbehalt als „eine wie auch immer formulierte oder bezeichnete, von einem Staat bei der Unterzeichnung, Ratifikation, Annahme oder Genehmigung eines Vertrages oder bei dem Beitritt zu einem Vertrag abgegebene einseitige Erklärung, durch die der Staat bezweckt, die Rechtswirkung einzelner Vertragsbestimmungen in der Anwendung auf diesen Staat auszuschließen oder zu ändern…".

Afghanistan hat jedoch zu den genannten völkerrechtlichen Verträgen keinen Vorbehalt eingelegt. Darüber hinaus ist fragwürdig, unter welchen Voraussetzungen ein Vorbehalt im Hinblick auf entgegenstehendes innerstaatliches Recht möglich ist. Enthält der Vertrag selbst keine spezielleren Regeln hinsichtlich der Grenzen eines Vorbehalts, ist auf die Regeln des allgemeinen Völkerechts zurückzugreifen.[417] Die Grundsätze des Art. 19 WVK galten auch schon vorher als Völkergewohnheitsrecht.[418] So muss nach dem in Art. 19 lit. c WVK enthaltenen Grundsatz, ein Vorbehalt mit „Gegenstand und Zweck des Vertrages" zu vereinbaren sein. Differenzierende Vorbehalte zu Einzelpunkten können von einer sorgfältigen und ernsten Auseinandersetzung mit den einzelnen Vertragsbestimmungen zeugen, während pauschale und umfangreiche Vorbehalte als Indiz für ein widersprechendes Verhältnis zu den Menschenrechten genommen werden dürfen.[419] Ferner muss ein Vorbehalt spezifisch sein und seine Bedeutung muss klar erkennbar sein, denn sonst ist es für andere Staaten nicht möglich, dessen Reichweite zu erkennen und zu entscheiden, ob sie diesem widersprechen.[420]

Im Falle von pauschalen Vorbehalten dahingehend, an Vertragsbestimmungen nicht gebunden zu sein, welche dem islamischen Recht widersprechen, ist eine Erkennbarkeit für anderen Staaten kaum möglich, denn von nicht-islamischen Staaten kann nicht erwartet werden, dass sie detaillierte Kenntnis des islamischen Rechts verfügen.[421] Daher besteht die Gefahr, dass bei einem solchen Vorbehalt die normative Kraft des Vertrages „verwässert"[422] wird.[423] Insoweit ist für Vorbehalte, die mit dem islamischen Recht in Verbindung gebracht werden, auch

[416] *Dahm/Delbrück/Wolfrum,* Völkerrecht Band I/3, S. 558.
[417] *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (396).
[418] *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (396).
[419] *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391 (399).
[420] Vgl. Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen, General Comment Nr. 24 vom 04. November 1994, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ADD.6, § 19.
[421] *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden, S. 176 f.
[422] Begriff bei *Hobe,* Einführung in das Völkerrecht, S. 221.
[423] Zu den Rechtsfolgen eines unzulässigen Vorbehalts siehe unter vielen *Wense,* Der UN-Menschenrechtsausschuß, S. 93 ff.

im CEDAW-Ausschuss noch nicht geklärt, welche Vorbehalte erlaubt sind und wer dies bestimmt.[424]

Die nachträgliche Einlegung eines Vorbehalts ist sowohl völkergewohnheitsrechtlich als auch nach den Artikeln 2 lit. d) und 19 WVK nicht möglich, da er spätestens gemeinsam mit dem letzten Akt eingelegt werden muss, der für den Eintritt der Bindungswirkung erforderlich ist.[425]

Ferner erkennt der CEDAW-Ausschuss einen Vorbehalt gegen Art. 16 und 2 CEDAW, gegen die das afghanische Scheidungsrecht verstößt, nicht an, da dieser eindeutig gegen Ziel und Zweck des Übereinkommens verstoße.[426]

Darüber hinaus ist auch kein „stillschweigender" Vorbehalt islamischer Staaten gegenüber allen Regelungen, welche mit der *šarī`a* nicht zu vereinbaren sind, anerkannt.[427] Das folgt aus dem Prinzip von Treu und Glauben, weil sich sonst keine Vertragspartei sicher sein könnte, ob die anderen Vertragsparteien sich an einen Vertrag gebunden haben und wenn ja, an welche Bestimmung.[428]

Die Möglichkeit der Einlegung des Vorbehalts zur Vermeidung von Widersprüchen zwischen Völkervertragsrecht und islamischem Recht hilft an dieser Stelle nicht weiter, da Afghanistan weder einen solchen Vorbehalt eingelegt hat noch ein nachträglicher Vorbehalt möglich ist. Ferner ist ein pauschaler Vorbehalt sowie ein Vorbehalt, der gegen Ziel und Zweck eines Vertrages verstoßen würde, nicht zulässig.

c. Keine Beendigungsmöglichkeit

Eine Möglichkeit, die völkerrechtlichen Verpflichtungen Afghanistans nicht mehr zu verletzen, besteht nach der Ansicht einiger afghanischer Richter darin, aus den völkerrechtlichen Verträgen, insbesondere den Menschenrechtsverträgen, auszusteigen.[429] Dabei wird auf die Regelung des Art. 90 Nr. 5 AfgVerf verwiesen. Danach hat die Nationalversammlung die Befugnis zur „Ratifizierung von internationalen Verträgen und Abkommen und Kündigung der entsprechenden Mitgliedschaft Afghanistans". Den Höhepunkt hatte diese Diskussion im Jahre 2007 als das Parlament sich einseitig von den von Afghanistan ratifizierten Menschenrechtsverträgen lösen wollte.[430]

---

[424] *Schöpp-Schilling,* „Frauenausschuss" der VN in der Interaktion mit islamisch geprägten Staaten, in: Elliesie (Hrsg.), Islam und Menschenrechte, S. 417 (434).

[425] *Dahm/Delbrück/Wolfrum,* Völkerrecht Band I/3, S. 601 f.

[426] *Schöpp-Schilling,* „Frauenausschuss" der VN in der Interaktion mit islamisch gepägten Staaten, in: Elliesie (Hrsg.), Islam und Menschenrechte, S. 417 (426).

[427] *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden, S. 178.

[428] *Moschtaghi*, Die menschenrechtliche Situation sunnitischer Kurden, S. 178.

[429] So *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), S. 93 (104 f.).

[430] So *Smith* ohne weitere Quellenangabe *dies.*, International Human Rights Law in Post Conflict Settings: Afghanistan, Muslim World Journal of Human Rights, Vol. 5 2008, S. 1 (9).

Diese Debatte steht aber im Widerspruch zu dem afghanischen Entwicklungskonzept „National Justice Sector Strategy“, das sich unter anderem folgende Vision für ein Afghanistan im Jahre 2010 gesetzt hat:

> *A stable Islamic constitutional democracy at peace with itself and its neighbours, standing with full dignity in the international family.*[431]

Ein Austritt aus dem Vertrag bedeutet auch einen Rückschritt der Stellung Afghanistan in der internationalen Gemeinschaft. Mit dem Abschluss des Bonner Abkommens und der Verabschiedung der neuen Verfassung hat sich Afghanistan wieder der Welt geöffnet. Das wird beispielsweise in Art. 75 Nr. 2 AfgVerf deutlich. Danach hat die Regierung unter anderem die Pflicht, die Würde Afghanistans in der internationalen Gemeinschaft zu wahren. Mit Rücksicht auf die Positivierung der Menschenrechte in völkerrechtlichen Verträgen besteht auch eine moralische Schranke gegen ein staatliches Lösen von diesen Verträgen.[432] Es ist auch nicht auszuschließen, dass ein Ausschluss Afghanistans aus einem Menschenrechtsabkommen den Protest der internationalen Gemeinschaft nach sich zieht und folglich die „Würde“ Afghanistan nicht nach Art. 75 Nr. 2 AfgVerf nicht gewahrt werden kann. Mit Blick auf die Bedeutung der menschenrechtlichen Verträge bleibt zu hoffen, dass die Beendigung dieser durch Afghanistan auch künftig theoretischer Natur bleibt.

Ferner handelt es sich bei der in Art. 90 Nr. 5 AfgVerf geregelten Möglichkeit eines Austritts aus völkerrechtlichen Verträgen um eine Regelung des innerstaatlichen Rechts, die auf völkerrechtlicher Ebene unerheblich ist. Für die Beendigungsmöglichkeiten eines völkerrechtlichen Vertrages ist allein das Völkerrecht maßgeblich. Angesichts zahlreicher Detailfragen würde eine umfassende Darstellung der Überprüfung einer Beendigungsmöglichkeit der von Afghanistan ratifizierten Menschenrechtsabkommen den Rahmen dieser Arbeit sprengen.[433] Zu erwähnen ist jedoch, dass eine Kündigung der Menschenrechtsabkommen nicht ohne weiteres möglich ist. Grundsätzlich kann ein völkerrechtlicher Vertrag aus drei Gründen aufgehoben werden: Aus Gründen, die er selbst vorsieht oder durch eine später zwischen denselben Vertragsteilen zustandegekommene Willensübereinstimmung oder unmittelbar aus Gründen des allgemeinen Völkerrechts.[434] Einige Verträge enthalten Kündigungsklauseln. Verträge, die nicht

---

[431] Islamic Republic of Afghanistan, National Justice Sectory Strategy, S. 2, (Die Seiten im Dokument sind nicht nummeriert, die Zählung beinhaltet auch das Deckblatt), im Internet aufrufbar unter http://info.publicintelligence.net/AfghanNJSS.pdf, zuletzt besucht am 26. Mai 2011.

[432] *Hofmann,* Beendigung menschenrechtlicher Verträge, S. 222.

[433] Hinsichtlich der Beendigungsmöglichkeiten der internationalen Menschenrechtsabkommen ist auf die ausführliche Arbeit hierzu von *Hofmann,* Beendigung menschenrechtlicher Verträge, zu verweisen.

[434] *Verdross/Simma,* Universelles Völkerrecht, S. 406.

eine solche Regelung enthalten, können nur gekündigt werden, wenn sich aus der Art des Vertrages oder aus anderen Umständen ergibt, dass die Parteien eine Kündigung oder einen Rücktritt zulassen wollten (Art. 56 WVK).[435] Weder der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte noch das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau enthalten eine ausdrückliche Kündigungsklausel. Aber auch nach Maßgabe des Art. 56 WVK handelt es sich hierbei um unkündbare Verträge, da die Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht die Kündigungsmöglichkeit dieser Verträge zulassen wollten.[436]

Mithin ist eine Beendigung der Menschenrechtsabkommen weder rechtlich zulässig noch politisch und moralisch empfehlenswert.

d. Zwischenergebnis

Folglich lässt sich feststellen, dass Afghanistan aus völkerrechtlicher Sicht an seine sich aus den ratifizierten Verträgen ergebenden Verpflichtungen gebunden ist und sich hierbei nicht auf seine innerstaatlichen Verpflichtungen aus Art. 3 AfgVerf berufen kann.

III. Anwendung einer modernen Auslegung des islamischen Rechts

Da die gesamte positive Rechtsordnung Afghanistans nicht den Bestimmungen der *šarī`a* widersprechen darf, kommt es im Spannungsverhältnis zu den weiteren Rechtsquellen für die Gesetzgebung darauf an, wie die *šarī`a* verstanden wird. Bereits im 3. Kapitel wurde deutlich, dass nach den Regelungen des klassischen islamischen Rechts diskriminierende Regelungen der Geschlechter bestehen. Würde demnach die *šarī`a* im Sinne des klassischen islamischen Rechts interpretiert werden, bestünde stets ein Spannungsverhältnis zwischen dem verfassungsrechtlichen Postulat der *šarī`a*-Konformität von Gesetzen auf der einen Seite und den internationalen Verpflichtungen Afghanistans auf der anderen Seite. Nur durch die Anwendung einer modernen und frauenfreundlichen Interpretation kann diesem Spannungsverhältnis begegnet werden. Um solche Interpretationsmethoden anwenden zu können, ist es von Vorteil, dass Art. 3 AfgVerf in seinem Anwendungsbereich weit gefasst ist.[437]

Ausgangspunkt jeder menschenrechtsfreundlichen Auslegung ist eine Neuinterpretation der *šarī`a.* Wie bereits gezeigt, ist eine menschenrechtsfreundliche Auslegung der *šarī`a* im Rahmen des Islams durchaus möglich.[438]

---

[435] *Verdross/Simma,* Universelles Völkerrecht, S. 408.
[436] *Hofmann*, Beendigung menschenrechtlicher Verträge, S. 152 ff.
[437] Vgl. Kapitel 2 C. II. 2. b. ee. (3).
[438] Vgl. Kapitel 3 B. I. 2. g. dd.

1. Normative Verpflichtung zur Anwendung einer modernen Auslegung?

Zu klären ist jedoch, ob aus der afghanischen Verfassungsordnung eine Pflicht zur Anwendung moderner Interpretationen abgeleitet werden kann oder ob lediglich diese Auslegungsmöglichkeiten bestehen, ohne dass sie für den Gesetzgeber und für die Richter rechtsverbindlich sind.

Die Pflicht zur liberalen Auslegung der Regelung der *šarī`a* könnte sich im Rahmen einer Pflicht zur völkervertragskonformen Auslegung des Art. 3 AfgVerf und damit auch der Regelungen der *šarī`a* ergeben. Folglich ist zu klären, ob eine normative Pflicht zur völkervertragskonformen Auslegung des Art. 3 AfgVerf besteht.

a. Keine normative Pflicht zur modernen Auslegung des islamischen Rechts

Eine rechtstheoretische Pflicht zur völkervertragskonformen Auslegung könnte sich aus dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung ergeben. Allerdings verlangt das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung und der rechtliche Stufenbau nicht, dass solche Regelungen der *šarī`a* zu derogieren sind, die gegen das von Afghanistan ratifizierte Völkervertragsrecht verstoßen, denn aufgrund des Vorrangs des Art. 3 AfgVerf vor den Regelungen des Völkervertragsrechts besteht diese Pflicht nur gegenüber Gesetzen.[439] Damit kann eine völkervertragskonforme Auslegung der Regelungen der *šarī`a* nicht mit dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung und dem rechtlichen Stufenbau begründet werden.

b. Keine Pflicht zur moderner Auslegung des islamischen Rechts aus dem Institut der „menschenrechtsfreundlichen" Auslegung

Zu klären ist ferner, ob sich die rechtstheoretische Pflicht zur Beachtung moderner Auslegungen der *šarī`a* aus der menschenrechtsfreundlichen Auslegung der Verfassung ergibt. Bedenkt man die menschrechtsfreundliche Ausrichtung[440] der afghanischen Verfassung, so müssten die „Bestimmungen der heiligen Religion des Islam" menschenrechtsfreundlich ausgelegt werden. Im Hinblick auf die oben entwickelten Auslegungsmethoden für die afghanische Verfassung könnte die islamkompatible Auslegung der Verfassung Vorrang gegenüber der menschenrechtsfreundlichen Auslegung haben. Da Art. 3 AfgVerf als oberstes Konstitutionsprinzip gilt, wird man wohl auch in diesem Zusammenhang den Vorrang der islamkompatiblen Auslegung annehmen müssen. Folglich resultiert auch aus dem Institut der menschenrechtsfreundlichen Auslegung der Verfassung keine Pflicht zur modernen Auslegung der Regelungen des islamischen Rechts.

---

[439] Vgl. Kapitel 4 A. III. 4. b.

[440] Zur Menschenrechtsfreundlichkeit der afghanischen Verfassung siehe Kapitel 2 C. II. 2. a. cc.

2. Zwischenergebnis: Keine Pflicht zur modernen Auslegung des islamischen Rechts

Nach den bisherigen Ergebnissen besteht keine Pflicht zu einer modernen Auslegung des islamischen Rechts. Es kommt letztendlich darauf an, wie die beteiligten Akteure die Regelung des Art. 3 AfgVerf auslegen und ob sie hierbei auch moderne Interpretationsmöglichkeiten in Betracht ziehen.

Eine völlkervertragsfreundliche bzw. menschenrechtsfreundliche Auslegung wird sich in der Praxis als schwierig erweisen. Das bestätigt wiederum die Sicht derer, die sich in den letzten Jahren mit der Weiterbildung afghanischer Juristen beschäftigt haben, dass afghanische Richter und Staatsanwälte große Vorbehalte gegen die Menschenrechte haben und sie als „westliches Produkt“ ansehen.[441] Auch wenn junge Anwälte mehrheitlich dem Konzept der Menschenrechte offen gegenüber stehen, stehen diese im Gerichtsverfahren Richtern gegenüber, die Art. 3 AfgVerf instrumentalisieren, um althergebrachte Vorstellungen zu legitimieren.[442]

IV. Zwischenergebnis

Das islamische Recht beinhaltet zwar den Grundsatz der Vertragstreue, verlangt jedoch zugleich die *šarī`a*-Konformität vertraglicher Regelungen. Darüber hinaus kennt das klassische islamische Recht völkerrechtliche Verträge im modernen Sinne nicht.

Das moderne Völkerrecht erkennt die Religion nicht als rechtfertigendes Element im Rahmen von Verletzungen von Paktrechten an. Eine solche Haltung würde die universelle Geltung der Menschenrechte einschränken. Ferner kann ein Vertragsstaat seine Verpflichtungen aus dem Völkervertragsrecht nicht aufgrund entgegenstehender innerstaatlicher Rechtsvorschriften umgehen. Etwaige Konflikte zwischen dem Völkervertragsrecht und entgegenstehendem innerstaatlichen Recht können durch die Einlegung eines Vorbehalts vermieden werden. Afghanistan hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Das Völkerrecht kennt die Möglichkeit der Einlegung eines nachträglichen Vorbehalts nicht und zum anderen ist ein pauschaler Vorbehalt, der mit dem islamischen Recht begründet wird, nicht rechtsgültig. Auch wenn differenzierte Vorbehalte eingelegt werden, dürfen diese nicht gegen Ziel und Zweck eines Vertrages verstoßen.

Als *ultima ratio* kommt auch nicht die Möglichkeit der Beendigung der Mitgliedschaft Afghanistans aus den Menschenrechtsabkommen in Betracht, da diese weder rechtlich gültig, noch moralisch oder politisch empfehlenswert wäre.

---

[441] So *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), S. 93 (101); *dies.*, Aufbauhilfe für die Justiz, Richterausbildung in Afghanistan, JuS 2009, S. 18-19.

[442] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), S. 93 (102).

Schließlich ist ein Widerspruch im Wege einer liberalen Auslegung der *šarī`a* vorzunehmen, denn nur im Wege einer harmonisierenden Auslegung kann ein Normenkonflikt vor seiner Entstehung vermieden werden. Für das Spannungsverhältnis zwischen den internationalen Verpflichtungen Afghanistans einerseits und die Islamkonformität der innerstaatlichen Rechtsnormen andererseits spielen daher moderne Auslegungen des islamischen Rechts eine gravierende Rolle. Zwar besteht keine Rechtspflicht, die Regelungen des islamischen Rechts menschenrechtsfreundlich auszulegen, dies wäre nicht zuletzt wegen der eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen Afghanistans aber empfehlenswert.

Kapitel 5: Die afghanische Rechtswirklichkeit

A. Inanspruchnahme traditioneller Konfliktlösungsmechanismen

Normakzeptanz ist eine Voraussetzung der Legitimität von Recht.[1] Daher kommt es nicht nur auf die Legitimität der Systeme an, sondern auch der Legitimität im Wege der Akzeptanz.[2] Im idealen Falle wird also in einer Gesellschaft in gewissem Maße eine Norm durch den Normadressaten anerkannt.[3] In der bisherigen Afghanistanliteratur wird jedoch stets zu recht auf die fehlende Akzeptanz weltlicher Rechtsnormen bei der breiten afghanischen Bevölkerung hingewiesen.[4] Das staatlich anerkannte Rechtssystem spiegelt nicht die Gegebenheiten der gesellschaftlichen Realität wider und war schon vor dem Krieg auf die Städte

[1] *Dick,* Offizieller Rechtspluralismus, S. 45; *Lucke,* Legitimation durch Akzeptanz, Zeitschrift für Rechtssoziologie1996, S. 221-248.
[2] *Dick,* Offizieller Rechtspluralismus, S. 45.
[3] *Kaufmann*, Rechtsgefühl, in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, S. 185-202.
[4] Vgl. beispielsweise *Lau,* An Introduction fo Afghanistan`s Legal System, Yearbook of Islamic and Middle Easterh Law 8 (2001-2002), S. 27 (29); *Yassari/Saboory*, Sharia and national law in Afghanistan, Journal of Philosophy of International law and Global Politics 2010, S. 1 (38); *Yassari*, Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), the Sharī`a in the constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 45 (56).

Afghanistans beschränkt.[5] Insbesondere in ländlichen Gebieten und bei einfachen Leuten ist das Stammesrecht bekannter als das kodifizierte staatliche Recht.[6] Nicht zuletzt aus diesem Grunde genießt das Stammesrecht auch das Vertrauen der Bevölkerung.[7] Während das staatliche Rechtssystem im Verlaufe des Krieges auch zerstört wurde, hat sich das Stammesrecht seit Jahrhunderten bewährt. Ein entscheidender Faktor für das Misstrauen in das staatliche Recht ist aber auch, dass die staatlichen Gerichte vielfach der Korruption bezichtigt werden, während dieses Problem – soweit ersichtlich – nicht in den Institutionen des Stammesrechts besteht.[8]

Derzeit werden über 80 % der Rechtsschreitigkeiten in Form traditioneller Schlichtungsinstrumente, wie etwa der *jirga*[9] oder der *shura,* gelöst.[10] Die *jirga* genießt als effektives Instrument zur Lösung von Konflikten großes Vertrauen bei der Bevölkerung.[11] Allerdings haben die anhaltenden militärischen Auseinandersetzungen in Afghanistan auch vielerorts neue übergreifende Organisationsformen hervorbegracht, die in vieler Hinsicht die traditionellen Schlichtungsinstrumente ersetzt haben und in Anlehnung an die frühislamische Institution als *shura* bezeichnet werden.[12] Dadurch ist der Einflussbereich der lokalen und tribalen

---

[5] Vgl. auch *Yassari,* Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 45 (59).

[6] *Yassari/Saboory*, Sharia and national law in Afghanistan, Journal of Philosophy of International law and Global Politics 2010, S. 1 (38).

[7] Government of the Islamic Republic of Afghanistan (Ministry of Justice), Justice for All, Mai 2005, S. 12, im Internet aufrufbar unter http://www.cmi.no/pdf/?file=/afghanistan/doc/Justice%20for%20all%20MOJ%20Afgh.pdf, zuletzt besucht am 26. Mai 2011; vgl. auch *De Lauri,* Law in Afghanistan, Journal of Critical Globalisation Studies 2013, S. 4 (10); ferner *Yassari,* Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 45 (56); Yassari/Saboory, Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, S. 273.

[8] *Rohe*, Islamisches Recht im Islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter (Hrsg.), Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (353); *Wardak*, Building a Post-War Justice System in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), The Shari`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 61 (73 ff.).

[9] Zu einer detaillierten Beschreibung der verschiedenen *jirga*-Institutionen siehe *Wardak,* Structures of Authority, in: Albrecht/Rezaei/Rohn/Kize (Hrsg.), Conflict Resolution in Middle Eastern Societies, S. 347 ff.

[10] Siehe Government of the Islamic Republic of Afghanistan (Ministry of Justice), Justice for All, Mai 2005, S. 12, im Internet aufrufbar unter http://www.cmi.no/pdf/?file=/afghanistan/doc/Justice%20for%20all%20MOJ%20Afgh.pdf, zuletzt aufgerufen am 26. Mai 2011; *Yassari,* Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 45 (52 f.). siehe zu den traditonellen Schlichtungsinstrumenten *Wardak*, Building a Post-War Justice System in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 61.

[11] *Nölle-Karimi*, Die paschtunische Stammesversammlung im Spiegel der Geschichte, in: Kemper/Reinkowski, Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 177 (192).

[12] *Nölle-Karimi*, Die paschtunische Stammesversammlung im Spiegel der Geschichte, in: Kemper/Reinkowski, Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, S. 177 (191).

Institutionen beschränkt:[13] In Regionen, in denen die Warlords die Macht ausüben, unterliegen die traditionellen Konfliktlösungsmechanismen ihrem Einfluss.[14] Dazu kommt aber noch, dass sich teilweise die streitenden Parteien mit durch die Taliban vorgenommenen Entscheidungen an die staatliche Justiz wenden. Nur so ist es teilweise möglich Urteile der ersten Instanz „überprüfen" lassen zu können.[15] Um Rechtsfrieden zu schaffen, werden diese Fälle auch contra legem angenommen.[16]

Langfristig ist es erforderlich, dass die unterschiedlichen Streitschlichtungsmechanismen miteinander verbunden werden. Eine Möglichkeit die verschiedenen Streitschlichtungsinstrumente zu harmonisieren wäre die informellen Konfliktinstrumente in die staatlichen Strukturen einzubinden.[17] *Ali Wardak* schlägt vor, die *ʿulamāʾ* (Rechtsgelehrte) in einem staatlichen Justizwesen zu integrieren.[18] Mitglieder dieser *Jami´at-al-ulamā* müssten aus den Kreisen der best ausgebildeten und unabhängigen islamischen Rechtsgelehrten stammen. Zudem sei es erforderlich, dass diese von internationalen Experten, sowohl aus der westlichen als auch aus der muslimischen Welt beraten werden. Ihre Entscheidungen sollten verfassungsrechtlich für rechtsverbindlich erklärt werden, um so eine liberale Interpretation der *šarī`a* in Afghanistan durchsetzen zu können.

Als Übergangslösung ist jedoch – vor allem auf dem Land – zunächst erforderlich, dass die jeweiligen *jirgas* und *shuras* aufrechterhalten werden, damit die Stämme sich mit den Entscheidungen identifizieren können. Recht und Kultur bedingen sich gegenseitig und müssen ineinander und umeinader wachsen.[19]

Allerdings wäre es wünschenswert, dass im Laufe der Zeit einige Mitglieder der lokalen Schlichtungsinstrumente auch im weltlichen Recht ausgebildet werden damit sich diese Werte auch landesweit verbreiten können. Wichtig ist es dabei stets das Vertrauen und die Akzeptanz der Bevölkerung in diese Strukturen zu sichern. Dadurch ist es auch möglich, islamwidrige Praktiken mit der Zeit abzuschaffen.

Eine ausgeprägte Rechts- bzw. Verfassungskultur existiert in Afghanistan nicht. *Tilmann Röder* bezeichnet die Verfassung, Gesetz und Völkerrecht daher zu Recht als „Rechtsimporte ohne Empfänger".[20] Mithin ist der zu Anfang dieser Arbeit beschriebene „starke" Rechtspluralismus eine zutreffende Beschreibung

---

[13] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (290).

[14] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (290).

[15] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (298).

[16] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (298).

[17] *Yassari*, Das afghanische Recht, inamo 2009 (57), S. 27 (30).

[18] Im Folgenden *Wardak*, Building a Post-War Justice System in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 61 (75 ff.).

[19] *Parhisi*, Frauenrechte im Iran, in: Kadelbach/Parhisi (Hrsg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, S. 39 (40).

[20] *Röder*, Kollisionen, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (264).

der afghanischen Rechtswirklichkeit.[21] Dieser Zustand ist nicht allein auf die kriegerischen Auseinandersetzungen zurückzuführen, sondern Folge der schon seit der Islamisierung Afghanistans bestehenden Dichotomie zwischen Stammesrecht und religiösem Recht.[22] Im Wege der Konstitutionalisierung und Kodifizierung verkomplizierte sich dieses Verhältnis dadurch, dass im System des „starken" Rechtspluralismus der „schwache" Rechtspluralismus entstand.[23] Daher ist auch im Hinblick auf künftige Gesetzgebung zu erwarten, dass sie die afghanische Bevölkerung, insbesondere außerhalb Kabuls nur sehr langsam erreichen wird.[24] Erst wenn die informellen Streitbeilegungsmechanismen in die formellen Strukturen eingebunden werden, kann der „starke" Rechtspluralismus geordnet werden.[25]

B. Defizite des staatlichen Rechtssystems

Neben der rudimentären Funktion des staatlichen Rechts in der afghanischen Rechtswirklichkeit, ist das staatliche Rechtssystem weiteren Defiziten ausgesetzt: Dazu gehört zunächst die willkürliche Auswahl der Rechtsquellen durch die Richter. Die meisten staatlichen Gerichte wenden in der Praxis das islamsiche Recht und nicht das staatliche kodifizierte Recht an.[26] Nicht selten tragen Juristen angeblich islamische Grundsätze vor, ohne diese entsprechend belegen zu können.[27] Damit wird der vorhandene Meinungspluralismus im Islam auf eine Sichtweise reduziert[28] oder gar eine nicht-existierende Sicherweise erfunden. In familienrechtlichen Angelegenheiten wenden die staatlichen Gerichte aber auch

---

[21] Vgl. Kapitel 0 A. II.

[22] Vgl. *Lau*, An Introduction to Afghanistan´s Legal System, Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, 2001-2002, S. 27 f.; vgl. auch *Wardak*, Building a Post-War Justice System in Afghanistan, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 61 (62).

[23] Vgl. zur Differenzierung zwischen dem "starken" und "schwachen" Rechtspluralismus Kapitel 0 A. II.

[24] Vgl. *Rohe*, Islamisches Recht im Islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter (Hrsg.), Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (348).

[25] Dazu *Yassari,* Das afghanische Recht, inamo 57 (2009), S. 27 (30).

[26] Max Planck Insitute for Foreign Private Law and Private International Law, Report on Family Structures and Family Law in Afghanistan, S. 8, im Internet aufrufbar unter http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/mpi-report_on_family_structures_and_family_law_in_afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 1. Mai 2012.

[27] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), S. 93 (99).

[28] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), S. 93 (99).

das Stammesrecht an.[29] Eine Systematik hierzu gibt es nicht, so dass es dem Zufall überlassen bleibt, welche Rechtsquelle im Verfahren angewandt wird. Damit ist der Einzelne der Willkür staatlicher Justiz ausgeliefert. Darüber hinaus sind den afghanischen Juristen das Völkerrecht und insbesondere die Menschenrechtsverträge weitestgehend fremd. Es ist unerlässlich, dass afghanische Juristen über hinreichende Kenntisse insbesondere bezüglich der internationalen Menschenrechtskonventionen verfügen. Nur so ist es möglich, der Durchseztung der völkerrechtlichen Verpflichtungen Afghanistans einen Schritt näher zu kommen. Viele Richter und Staatsanwälte sind religiös-konservativ eingestellt und es bedarf langer Diskussionen, um sie davon zu überzeugen, dass die Verfassung als oberstes Recht des Landes zu beachten ist.[30]

Jede Rechtsordnung lebt von der fachlichen und persönlichen Qualifikation derjenigen, die diese Ordnung vermitteln und umsetzen.[31] Ein großes Problem der afghanischen Justiz ist die mangelnde Qualifikation seines Personals.[32] Dieser Zustand ist insbesondere auf den Jahrzehnte anhaltenden Krieg und der darunter leidenden universitären Ausbildung zurückzuführen. Im Verlaufe des Krieges wurde das formale Gerichtswesen zerstört.[33] Dazu gehörte sowohl die Zerstörung der materiellen Ressourcen als auch die Vernichtung der personellen Ressourcen durch die Flucht vieler qualifizierter Juristen. Die frühere „juristische Elite“ ist im Zuge des Kriegs und Chaos ausgewandert oder breits tot. Zudem hat ein Großteil der Justizangestellten keine abgeschlossene universitäre Ausbildung.[34] Beispielsweise verfügen 80 % der in den Provinzen tätigen Staatasanwälte über keinen universitären Abschluss.[35] Ein Grund für die Heterogenität der richterlichen

---

[29] Max Planck Insitute for Foreign Private Law and Private International Law, Report on Family Structures and Family Law in Afghanistan, S. 9, im Internet aufrufbar unter http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/mpi-report_on_family_structures_and_family_law_in_afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 1. Mai 2012.

[30] *Röder,* Der behutsame Weg zu einem stabilen Staat, Max Planck Forschung 1/09, S. 39 (42).

[31] *Rohe*, Islamisches Recht im Islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter (Hrsg.), Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (351).

[32] Siehe dazu Islamic Republic of Afghanistan, National Justice Sector Strategy” 2008, S. 26 f. (Die Seitenzahlen im Dokument sind nicht nummeriert, die Zählung beinhaltet auch das Deckblatt), im Internet aufrufbar unter http://info.publicintelligence.net/AfghanNJSS.pdf, zuletzt besucht am 26. Mai 2011; vgl. auch *Yassari*, Legal Pluralism and Family Law, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, S. 45 (59); Yassari/Saboory, Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, S. 273 (313);

[33] *Johnson/Maley/Thier/Wardak*, Afghanistan´s political and constitutional development, S. 24, im Internet aufrufbar unter www.odi.org.uk/resources/download/4810.pdf, zuletzt aufgerufen am 14. März 2011.

[34] Vgl. *De Lauri,* Access to justice and human rights in Afghanistan, Crime Law Soc Change 2013, S. 261 (265).

[35] Islamic Republic of Afghanistan, National Justice Sector Strategy” 2008, S. 26 (Die Seitenzahlen im Dokument sind nicht nummeriert, die Zählung beinhaltet auch das Deckblatt), im

Entscheidungsfindung ist aber auch, dass die amtierenden Richter im Verlaufe der diversenen politischen Geschehnisse in Afghanistan in ihr Amt berufen wurden.[36] Darüber hinaus mangelt es insbesondere außerhalb Kabuls an hinreichenden staatlichen Gerichten.[37] Bestehende Gerichte sind unterbesetzt und schlecht ausgestattet.[38] Zahlreiche amtierende Richter haben kein Interesse an Fortbildungsmaßnahmen und berufen sich darauf, dass im *qur`ān* alles wichtige zu finden sei.[39]

Zudem fehlen Kommentare und Lehrbücher in afghanischer Sprache.[40] Diese Umstände verhindern, dass afghanische Rechtsprofessoren die afghanische Rechtswissenschaft weiterentwickeln. Aber der Justiz mangelt es an erforderlichen Materialien. Selbst der Oberste Gerichtshof verfügt lediglich über eine kleine mit veralteten Büchern ausgestattete Bibliothek.[41]

Ein weiteres Problem ist die Trennung zwischen der islamischen Ausbildung in der *šari`a*-Fakultät und der juristischen Ausbildung in der Fakultät für Rechtswissenschaft und Politikwissenschaft. [42] Wie in allen Rechtsordnungen hängen Rechtssystem und Rechtsleben maßgeblich von Ausbildung, Hintergrund und Lebensverhältnissen der damit Befassten ab.[43] Wer die Ausbildung beherrscht, beherrscht auch die Rechtsentwicklung. Um eine dauerhafte Harmonisierung der

Internet aufrufbar unter http://info.publicintelligence.net/AfghanNJSS.pdf, zuletzt besucht am 26. Mai 2011.

[36] *De Lauri,* Law in Afghanistan, Journal of Critical Globalisation Studies 2013, S. 4 (8).

[37] Dazu *Röder,* Human Rights Standards in Afghan Courtrooms, in: Ellisie (Hrsg.), Islam und Menschenrechte, S. 329 (344 f.).

[38] *Lau*, An Introduction to Afghanistan´s Legal System, Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, 2001-2002, S. 27; siehe ferner *Armytage,* Justice in Afghanistan, ZaöRV 67 (2007), S. 185 (190); ausführlich zu der Problematik der afghanischen Gerichte siehe *Röder,* Human Rights Standards in Afghan Courtrooms, in: Ellisie (Hrsg.), Islam und Menschenrechte, S. 329 ff.

[39] International Commisssion of Jurists, Afghanistan´s Legal System and its Compatibility with International Human Rights Standards, Final Report (Dr. Martin Lau), 2003, S. 16, im Internet aufrufbar unter http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/48a3f02c0.pdf, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011; *Rohe*, Islamisches Recht im Islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter (Hrsg.), Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (352).

[40] Islamic Republic of Afghanistan, National Justice Sector Strategy" 2008, S. 28 (Die Seitenzahlen im Dokument sind nicht nummeriert, die Zählung beinhaltet auch das Deckblatt), im Internet aufrufbar unter http://info.publicintelligence.net/AfghanNJSS.pdf, zuletzt aufgerufen am 26. Mai 2011.

[41] Besuch des Obersten Gerichtshofs durch die Verfasserin am 11. März 2009.

[42] Diese Trennung bestand auch schon vor dem Krieg in Afghanistan, siehe dazu *Kamali,* Law in Afghanistan, S. 43 f, 207.

[43] *Rohe*, Islamisches Recht im Islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter (Hrsg.), Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (361).

afghanischen Rechtsordnung erreichen zu können, ist eine enge Zusammenarbeit dieser Fakultäten notwendig.[44]

Die Voraussetzung für das Vertrauen in das staatliche Justizsystem ist in erster Linie das Funktionieren einer unabhängigen Gerichtsbarkeit, die nicht korrupt ist und rechtsstaatlichen Anforderungen gerecht wird. Bislang hat die afghanische Justiz kein einziges Verfahren zur Aufdeckung und Verurteilung von Korruption eingeleitet.[45]

Die finanziellen und materiellen Herausforderungen sollten mit Hilfe der internationalen Gemeinschaft überwunden werden.[46] Zudem ist es wichtig, dass vermehrt auch Frauen als Richterinnen eingesetzt werden.[47] Das gilt insbesondere für die Besetzung der Familiengerichte. Nur auf diesem Wege ist es möglich, Gerechtigkeit und Gleichberechtigung auch in der Justiz durchsetzen zu können.[48] Nach außen trägt die Regierung vor diese Ziele verwirklichen zu wollen, bleibt zu hoffen, dass sie diese Ziele auch tatsächlich umsetzt.[49]

C. Wege einer modernen Auslegung des islamischen Rechts

Die Vertreibung der Taliban hat einige Fortschritte für die Frauen Afghanistans gebracht. Beispielsweise können Frauen wieder als Lehrerin arbeiten und haben Führungspositionen, wie im Parlament, Staatsanwaltschaft, Richterschaft und weitere Positionen übernommen.[50] Positiv hervorzuheben ist auch das im Jahr

---

[44] Die afghanische Regierung plant eine solche Zusammenarbeit innerhalb der nächsten Jahre, siehe dazu Islamic Republic of Afghanistan, National Justice Sector Strategy" 2008, S. 29 (Die Seitenzahlen im Dokument sind nicht nummeriert, die Zählung beinhaltet auch das Deckblatt), im Internet aufrufbar unter http://info.publicintelligence.net/AfghanNJSS.pdf, zuletzt besucht am 26. Mai 2011.

[45] *Gebauer,* Afghanistan-Konferenz in Tokio, Spiegel-online vom 7. Juli 2012, im Internet aufrufbar unter http://www.spiegel.de/politik/ausland/konferenz-in-tokio-nato-stellt-afghanistan-weitere-milliarden-in-aussicht-a-843108.html, zuletzt aufgerufen am 13. Juli 2012.

[46] *Röder,* Human Rights Standards in Afghan Courtrooms, in: Ellisie (Hrsg.), Islam und Menschenrechte, S. 329 (359).

[47] Siehe zur Zulässigkeit der Tätigkeit als Richterin im Islam und in der afghanischen Justiz *Schneider*, The Position of Women in the Islamic and Afghan Judiciary in: Yassari (Hrsg.), S. 83 ff.

[48] *Schneider*, The Position of Women in the Islamic and Afghan Judiciary in: Yassari (Hrsg.), S. 83 (101).

[49] Siehe die Ziele der afghanischen Regierung zur Verbesserung der Bedingungen für die juristische Ausbildung, Islamic Republic of Afghanistan, National Justice Sector Strategy" 2008, S. 29 ff. (Die Seitenzahlen im Dokument sind nicht nummeriert, die Zählung beinhaltet auch das Deckblatt), im Internet aufrufbar unter http://info.publicintelligence.net/AfghanNJSS.pdf, zuletzt besucht am 26. Mai 2011.

[50] Human Rights Watch, „I had to run away"- The Imprisonment of Women and Girls for "Moral Crimes" in Afghanistan, März 2012, S. 27, im Internet aufrufbar unter

2009 durch ein Präsidentialdekret erlassene Gesetz zur Beseitigung von Gewalt gegen Frauen.[51] Unter anderem gewährt das Gesetz Schutz vor Vergewaltigung, Verheiratung Minderjähriger und häuslicher Gewalt. Allerdings werden Frauen nach wie vor grundlegende Menschenrechte verwehrt. Weder der internationalen Gemeinschaft noch der afghanischen Regierung ist es gelungen, Frauen vor offensichtlichen und schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen zu schützen. Frauen und Mädchen leiden nach wie vor unter Diskriminierung und häuslicher Gewalt.[52] Auch die Zwangsverheiratung zwecks Beilegung von Streitigkeiten (*baad*) ist ein noch häufig anzutreffendes Problem.[53] Die Diskriminierung beschränkt sich jedoch nicht nur auf die private Ebene, sondern wird sowohl in staatlichen als auch in traditionellen Institutionen gefördert. Beispielsweise werden Frauen, die vor ihren gewalttätigen Männern fliehen, häufig wegen angeblicher Straftaten wie das „Verlassen der ehelichen Wohnung" oder wegen „moralischer Vergehen", die nicht im afghanischen Strafgesetzbuch kodifiziert sind, verhaftet.[54] Der Oberste Gerichtshof hat trotz der fehlenden Kodifizierung die Bestrafung für das „Verlassen der ehelichen Wohnung" vorgeschrieben[55] und damit argumentiert, es handele sich hierbei um eine Handlung, die gegen die Prinzipien der *šarī`a* verstoße.[56] Trotz fehlender gesetzlicher Regelung werden diese Taten im Wege

http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0312webwcover_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[51] Nach Art. 79 AfgVerf kann die Regierung mit Ausnahme von Haushalts- und Finanzangelgenheiten während der Sitzungspausen der Volksvertretung in Ausnahnmefällen Gesetzeserlasse verabschieden.

[52] Amnesty Report 2012 – Afghanistan, im Internet aufrufbar unter http://www.amnesty.de/jahresbericht/2012/afghanistan#hintergrund, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[53] Amnesty Report 2012 – Afghanistan, im Internet aufrufbar unter http://www.amnesty.de/jahresbericht/2012/afghanistan#hintergrund, zuletzt besucht am 10. Juli 2012; Human Rights Watch, „I had to run away"- The Imprisonment of Women and Girls for "Moral Crimes" in Afghanistan, März 2012, S. 30 f., im Internet aufrufbar unter http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0312webwcover_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[54] Amnesty Report 2012 – Afghanistan, im Internet aufrufbar unter http://www.amnesty.de/jahresbericht/2012/afghanistan#hintergrund, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012; siehe hierzu auch den ausführlichen Bericht von Human Rights Watch, „I had to run away"- The Imprisonment of Women and Girls for "Moral Crimes" in Afghanistan, 2012, im Internet aufrufbar unter http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0312webwcover_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[55] Human Rights Watch, „I had to run away"- The Imprisonment of Women and Girls for "Moral Crimes" in Afghanistan, März 2012, S. 5 im Internet aufrufbar unter http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0312webwcover_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[56] Human Rights Watch, „I had to run away"- The Imprisonment of Women and Girls for "Moral Crimes" in Afghanistan, März 2012, S. 34, im Internet aufrufbar unter

des Art. 130 AfgVef, der die Anwendung der hanafitischen Rechtslehre im Falle fehlender gesetzlicher Regelung vorschreibt, bestraft.

Ausserehelicher Geschlechtsverkehr ist zwar nach Art. 426 des afghanischen Strafgesetzbuches strafbar (*zina*). Problematisch ist insbesondere, dass in der Rechtspraxis hiervon auch Vergewaltigungsfälle erfasst werden.[57] So werden Frauen nach einer Vergewaltigung inhaftiert. Ihnen wird ausserehelicher Geschlechtsverkehr vorgeworfen. Dabei wird völlig verkannt, dass es sich hierbei um ein schweres Verbrechen gegen den Willen der betroffenen Frau handelt. Der ehemalige afghanische Präsident *Hamid Karzai* selbst hat ein Vergewaltigungsopfer nach zehn Jahren Haft während seiner Amtszeit erst „begnadigt", nachdem sie eingewilligt hatte, den Täter zu heiraten.[58]

Erschreckend ist festzustellen, dass all diese Maßnahmen durch die Polizei, Justiz und Politik gefördert werden.[59] Die erlassenen Urteile sind selten mit einer Beweiswürdigung oder gar Entscheidungsgründen versehen.[60] Die Diskriminierung von Frauen in den Gerichten ist ein häufig anzutreffendes Problem.[61]

In der Abschlusserklärung der Bonner Afghanistankonferenz im Dezember 2011 hat sich Afghanistan unter anderem zur Wahrung der Menschen- und speziell Frauenrechte verpflichtet.[62] Doch schon drei Wochen nach diesen

---

http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0312webwcover_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[57] Human Rights Watch, "I had to run away"- The Imprisonment of Women and Girls for "Moral Crimes" in Afghanistan, März 2012, S. 36, im Internet aufrufbar unter http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0312webwcover_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[58] BBC News, Jailed Afghan rape victim freed but "to marry attacker", 2. Dezember 2011, im Internet aufrufbar unter http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-15991641, zuletzt aufgerufen am 4. Juli 2012.

[59] Vgl. auch Human Rights Watch, "I had to run away"- The Imprisonment of Women and Girls for "Moral Crimes" in Afghanistan, März 2012, S. 78 ff., im Internet aufrufbar unter http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0312webwcover_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[60] Human Rights Watch, "I had to run away"- The Imprisonment of Women and Girls for "Moral Crimes" in Afghanistan, März 2012, S. 79, im Internet aufrufbar unter http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0312webwcover_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[61] Afghanistan Independent Human Rights Commission, Evaluation Report on General Situation of Women in Afghanistan, im Internet zu finden unter http://www.unhcr.org/refworld/type,COUNTRYREP,AIHRC,,47fdfad5d,0.html, zuletzt aufgerufen am 4. Juli 2012; Amnesty International, Women human rights defenders continue to struggle for women´s rights, S. 2, im Internet zu finden unter http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA11/003/2008/en/05e2dc5f-ec98-11dc-9a27-819d7db3035f/asa110032008eng.pdf, zuletzt aufgerufen am 4. Juli 2012.

[62] *Gebauer,* Zahlen und Hoffen, Spiegelonline vom 5. Dezember 2011, aufrufbar unter http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,801887,00.html, zuletzt aufgerufen am 5. Dezember 2011.

Erklärungen hat der damals amtierende Präsident *Hamid Karzai* die Mandate von drei Mitarbeitern der Unabhänigen afghanischen Meschenrechtskommission nicht verlängert.[63] Hintergrund hierfür war, dass sich die Kommission seit Monaten darum bemüht hatte, einen Bericht über Kriegsverbrechen zu veröffentlichen, an denen auch Mitglieder der derzeitigen Regierung beteiligt sind.[64] Die afghanischen Justizbehörden und die Polizei begehen immer wieder schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen.[65] Gewalt gegen Frauen und Mädchen ist verbreitet und bleibt in der Regel unbestraft.[66]

Indem die aktuelle Verfassung durch Art. 7 AfgVerf das internationale Vertragsrecht in die afghanische Rechtsordnung aufnimmt, ist sie in eine neue Ära der Verfassungsgeschichte Afghanistans eingetreten. Auch wenn die internationalen Menschenrechtsverträge in der afghanischen Justizpraxis – soweit ersichtlich keine Rolle spielen, soll Art. 7 AfgVerf nicht als „leere Formel", sondern als Anhaltspunkt weiterer Menschenrechtsdiskurse verstanden werden. Das gilt auch für die Ratifizierung der Frauenrechtskonvention. Es ist daher bedeutend, dass Menschenrechte als universell geltendes Recht auch in Afghanistan anerkannt werden.

Der universelle Anspruch der Menschenrechte setzt in seinem Absolutheitsanspruch voraus, dass zumindest ein Kernbestand an Menschenrechten über historische, kulturelle und religiöse Unterschiede hinweg anerkannt ist.[67] Neben den Menschenrechten soll aber auch das Recht auf kulturelle Eigenart zuerkannt werden.[68] Auch hier gilt, dass Menschenrechte in allen Kulturen erkämpft werden müssen, denn keine Kultur ist per se menschenrechtsfreundlich.[69]

Hinsichtlich der Übernahme völkerrechtlicher Menschenrechtsstandard gilt aber, dass sie nicht *top down* eine ganze Gesellschaft umkrempeln sollen, sondern

---

[63] Spiegelonline vom 2. Januar 2011, Afghanistan – Karzai stoppt Aufklärer, im Internet aufrufbar unter http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-83422521.html, zuletzt besucht am 17. Januar 2011.

[64] Spiegelonline vom 2. Januar 2011, Afghanistan – Karzai stoppt Aufklärer, im Internet aufrufbar unter http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-83422521.html, zuletzt besucht am 17. Januar 2011.

[65] Amnesty Report 2012 – Afghanistan, im Internet aufrufbar unter http://www.amnesty.de/jahresbericht/2012/afghanistan#hintergrund, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[66] Amnesty Report 2012 – Afghanistan, im Internet aufrufbar unter http://www.amnesty.de/jahresbericht/2012/afghanistan#hintergrund, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

[67] *Kuhn-Zuber,* Der Islam und die Universalität der Menschenrechte, in: Hasse/Müller/Schneider (Hrsg.), Menschenrechte, S. 307.

[68] *Kuhn-Zuber,* Der Islam und die Universalität der Menschenrechte, in: Hasse/Müller/Schneider (Hrsg.), Menschenrechte, S. 307 (308).

[69] *Klein*, Schutz von Menschenrechten der Frauen nach dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, in: ders. (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, S. 31 (51).

bottom up Anknüpfungspunkte suchen.[70] Es ist nicht ungewollt, dass Menschenrechte zu unterschiedlicher Anwendung und Tragweite führen können. Die in den Konventionen enthaltenen Menschenrechte wollen keine Uniformität erzwingen, sonderm insbesondere im Bereich von Freiheitsrechten wie Religionsfreiheit, Sprachenfreiheit oder Garantien des Minderheitenschutzes kulturelle Autonomnie und Freiräume garantieren.[71] Allerdings sind offensichtliche grundlegende völkerrechtliche Verstöße abzulehnen.[72] Dazu gehört auch die Geschlechterdiskriminierung.

Diskurse zur Einschränkung der Geschlechterdiskriminierung sollten allerdings nicht nur mit den internationalen Verpflichtungen Afghanistans begründet werden, da diese Ergebnisse als westliches Produkt gebrandmarkt werden könnten. Entsteht der Eindruck bei der afghanischen Bevölkerung, dass es sich hierbei um ein vom Westen auf oktroiyertes Gedankengut handelt, besteht die Gefahr, dass verstärkt an tatsächlichen oder vermeintlichen Traditionen festgehalten wird. Der Grund dafür, dass viele konservative afghanische Juristen Menschenrechte ablehnen ist, dass sie überwiegend als Ausdruck einer aufoktroyierten Machtpolitik des Westens empfunden werden.[73] Der Diskurs ist vielmehr – wie in anderen islamischen Staaten auch - nur auf der Grundlage einer modernen, frauenfreundlichen Interpretation der *šarī`a* möglich.[74] Rein säkulare Ansätze stehen im afghanischen Kontext nicht zur Diskussion.

Beispielsweise wurden in Marokko Reformen hinsichtlich der Gleichberechtigung mit dem Islam selbst begründet und nicht durch eine etwaige Verpflichtung zur Einhaltung der internationlen Menschenrechte.[75] Daher hatten sie auch Erfolg, da die Veränderungen nicht mit einer Politik des Westens assoziiert wurden. Zu bedenken ist jedoch dabei, dass die Diskussion in Marokko 50 Jahre angehalten haben.[76] Zudem ist zu bemerken, dass diese Reformen nicht nur von

[70] *Marauhn*, Konfliktbewältigung in Afghanistan, AVR 2002, S. 480 (511); *De Lauri,* Law in Afghanistan, Journal of Critical Globalisation Studies 2013, S. 4 (7).
[71] *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, S. 35.
[72] So auch *Yassari/Saboory*, Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, S. 273 (314).
[73] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Binder/Fuchs/Goldmann/Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93 (108).
[74] *Schneider,* Familienrecht in Afghanistan, Georgia Augusta 5 (2007), S. 100 (105); vgl. auch *Lau,* Afghanistan´s Legal System and its Compatibility with International Human Rights Standards, Final Report, 2003, S. 27, im Internet aufrufbar unter http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/48a3f02c0.pdf, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011; vgl. auch *Ali*, Gender and Human Rights, S. 284.
[75] Siehe dazu *Arshad*, Ijtihad as a Tool for Islamic Legal Reform, Kan. J.L. & Pub. Pol'y 129 (2006-2007), S. 129 ff.
[76] Siehe *Arshad*, Ijtihad as a Tool for Islamic Legal Reform, Kan. J.L. & Pub. Pol'y 129 (2006-2007), S. 129 (155).

der gesellschaftlichen Elite getragen wurden, sondern aus der gebildeten städtischen Mittelklasseschicht stammen.[77] Entscheidender Legitimationsfaktor des marokkanischen *Mudawwana* und seiner nach Außen vorgetragenen Vereinbarung mit der *šarī`a* ist allerdings auch, dass der König in seiner Position des „Herrschers der Gläubigen" die Verwurzelung der Reformen in der *šarī`a* erklärt hat.[78] Darüber hinaus beansprucht die Zivilgesellschaft das Recht auf *iǧtihād* auch für sich.[79] Anders ist jedoch die Situation in Afghanistan. Laut Verfassung steht es dem Obersten Gerichtshof zu, das islamische Recht zu interpretieren.[80] Faktisch beanspruchen jedoch Religionsgelehrte das Auslegungsmonopol des islamischen Rechts für sich.[81] An die weltlichen Herrscher hegen sie immer noch die Forderung, sich an die Auslegung des Islam durch die Rechtsgelehrten zu halten. Der Vorsitzende der nationalen *shurā-e ùlamā* hat diese Einstellung im März 2006 mit folgendem *hadīt* begründet: „Der nichtswürdigste unter den Gelehrten ist der, der Prinzen Besuche abstattet und der würdigste aller Prinzen ist jener, der die Gelehrten aufsucht."[82] Zum damaligen Zeitpunkt war *Shinwari* auch Präsident des Obersten Gerichtshofs, so dass er sowohl das religiöse Amt zur Interpretation des islamischen Rechts ausübte, als auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht nach Art. 121 AfgVerf. Der Oberste Gerichtshof ist jedoch traditionell und so auch heute mit konservativen Richtern besetzt.[83]

Derzeit ist ein reformorientierter Wille des Gelehrtenestablishments nicht ersichtlich. Die extrem konservative Einstellung dieser wurde auch erst kürzlich dadurch deutlich, dass der Gelehrtenrat der Regierung am 2. März 2012 vorgeschlagen hat,[84]Frauen sollten ihr Verhalten an die Vorgaben der *šarī`a* anpassen.[85] Dabei geben sie vor, dass sich Frauen in den verschiedenen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens - beispielsweise im Bildungsbereich, auf dem Markt und

---

[77] *Buskens,* Recent Debates on Family Law Reform in Moroccco, Islamic Law and Society, Vol. 10 (2003), S. 70 (120 f.).

[78] Vgl. Kapitel 3 B. I. 2. g. dd. (2).

[79] *Buskens,* Recent Debates on Family Law Reform in Moroccco, Islamic Law and Society, Vol. 10 (2003), S. 70 (120).

[80] Diese Kompetenz ergibt sich aus einer Zusammenschau von Art. 121 i.V.m. Art. 3 AfgVerf.

[81] Zur Entwicklung der *ʿulamāʾ* siehe *Moschtaghi,* Organisation and Jurisdiction of Courts Afghan Courts, Max Planck UNYB 19 (2006), S. 531 (535 ff.).

[82] *Fazl Hadi Schinwari* anlässlich des Abschlusses eines Seminars des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Kabul am 27. Februar 2006, zitiert nach *Röder*, Kollisionen: in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, S. 257 (264).

[83] *Vergau*, Manifest der Hoffnung, VRÜ 2004, S. 465 (484).

[84] Süddeutsche Zeitung Online vom 5. März 2012, Religionsrat unterstellt US-Soldaten Vorsatz, im Internet aufrufbar unter http://www.sueddeutsche.de/politik/koranverbrennungen-in-afghanistan-religionsrat-unterstellt-us-soldaten-vorsatz-1.1300521, zuletzt aufgerufen am 6. März 2012.

[85] „de āzāde ghâg" vom 5. März 2012, veröffentlicht über afghan-german-online, im Internet aufrufbar unter http://www.afghan-german.de/upload/news/de/news.htm, zuletzt besucht am 5. März 2012.

im Büro - den Umgang mit Männern vermeiden sollten. Während dem Mann das Recht auf Polygamie eingeräumt wird, darf die Frau in keinem Falle die Scheidung beantragen.[86] Diese konservative Auslegung des islamischen Rechts lässt eine Hoffnung auf Besserung verblassen. Präsident *Karzai* verteidigte die Einstellung des Gelehrtenrates damit, dass es sich bei den Vorgaben dieser um das „*šarī`a*-Recht" aller Afghanen und aller Muslimen handele.[87]

Im Gegensatz zu seinen Nachbarländern wie Iran oder Pakistan fehlen in Afghanistan – bis auf wenige Ausnahmen – intellektuelle Auseinandersetzungen mit islamischen Themen.[88] In zahlreichen anderen muslimischen Staaten löste insbesondere die koloniale Unterwerfung Reformdiskussionen aus.[89] Eine entscheidende Ursache für den Niedergang der eigenen Stellung wurde mit der fehlenden Anpassung der *šarī`a* an die Gegebenheiten und Notwendigkeiten der Zeit begründet.[90] Afghanistan hingegen wurde nicht kolonialisiert, so dass auch schon in historischer Hinsicht eine reformorientierte Auseinandersetzung mit dem Islam gefehlt hat.[91] Ferner ist das Land seit über 30 Jahren duch kriegerische Auseinandersetzungen in jederlei Hinsicht stagniert. Teilweise existieren erste Ansätze zur Diskussionen über Frauenrechte,[92] eine offene Konfrontation mit dem Islam bzw. einer modernen Auslegung des Islam ist derzeit in Afghanistan nicht möglich.[93] Beispielsweise bezichtigte der Oberste Gerichtshof den afghanischen Präsidentschaftskandidaten, *Latif Pedram*, der Apostasie, da sich dieser für eine Gleichberechtigung im Scheidungsrecht ausgesprochen hatte.[94] Auch der

---

[86] *Hazar,* Afghanistan`s Ulama Council wages war against women, kabulpress vom 4. März 2012, im Internet aufrufbar unter http://kabulpress.org/my/spip.php?article100936, zuletzt aufgerufen am 5. März 2012.
[87] Human Rights Watch, „I had to run away"- The Imprisonment of Women and Girls for "Moral Crimes" in Afghanistan, März 2012, S. 7, im Internet aufrufbar unter http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0312webwcover_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.
[88] So auch *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (27).
[89] Siehe dazu statt vieler *Johansen*, Staat, Recht und Religion im sunnitischen Islam, in: Marré/Stüting (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 20 (1986), S. 12 (32 ff).
[90] *Rohe,* Das neue ägyptische Familienrecht, Das Standesamt 2001, S. 193-207.
[91] *Kamali*, Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt, S. 23 (27).
[92] Vgl. dazu das Gespräch der Heinrich-Böll-Stiftung mit *Hangama Anwari*, Leiterin der Women and Children Legal Research Foundation (WCLRF), über Lobby-Arbeit, westliche Einflussnahme und Verhandlungen mit den Taliban, im Internet http://www.boell.de/demokratie/geschlechter/feminismus-geschlechterdemokratie-interview-hangama-anwari-frauenrechte-afghanistan-8734.html, zuletzt aufgerufen am 4. Juli 2012.
[93] Vgl. auch *Kamali*, Law in Afghanistan, S. 20.
[94] Vgl. Amnesty International, Afghanistan. Women still under attack – a systematic failure to protect, Mai 2005 (AI Index: ASA 11/007/2005), S. 26, im Internet aufrufbar unter

afghanische Journalist *Ali Muhaqiq Nasab*, hatte in der von ihm herausgegebenen Zeitschrift *Huqūq-e zan* (Frauenrechte) u. a. die Meinung vertreteten, dass die Apostasie kein todeswürdiges Verbrechen sei, die Auspeitschung wegen außerehelichen Geschlechtsverkehr abzulehnen sei und dass Männer und Frauen nach islamischem Recht gleichzubehandeln seien.[95] Nachdem der Staatsanwalt die Todesstrafe wegen Apostasie verlangt hatte, wurde er zunächst zu zwei Jahren Haft verurteilt.[96] Erst nach dem Eingreifen der afghanischen Medienkommission wurde schließlich seine Strafe auf sechs Monate reduziert. Bleibt zu hoffen, dass sich diese Situaiton allmählich verändert, indem sich die Denkweise der afghanischen Bevölkerung zugunsten von Reformen ändert. Ein Weg das zu erreichen, ist die Stärkung der Bildungsinstitutionen. Die Frauenfrage ist in anderen Ländern auch erst mit einer wachsenen gebildeten Schicht diskutiert worden.[97]

Ist das afghanische Volk bereit einen liberalen Weg zu gehen, so kann es aus normativer Sicht auch mittelbaren Einfluss auf die Richter des Obersten Gerichtshofs nehmen: Die Richter werden durch den direkt vom Volk gewählten Staatspräsidenten mit Zustimmung des - ebenfalls in direkter und allgemeiner Wahl gewählten - Unterhauses ernannt.[98] Rein formal steht einer menschenrechtskonformen Neuinterpretation des islamischen Rechts in Afghanistan keine Institution entgegen.[99] Letztlich sind es aber politische, wirtschfatliche und soziale Entwicklungen im Land selbst, die den Raum für eine Frauen- und Menschenrechtsbewegung schaffen.[100] Perspektivisch gesehen dürfte eine tiefgreifende Verbesserung der rechtlichen und gesellschaftlichen Stellung der afghanischen

http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA11/007/2005/en/21078ed1-d4e7-11dd-8a23-d58a49c0d652/asa110072005en.pdf, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011.

[95] Siehe *Gerner,* Frauenzeitschrift im Visier der konservativen Kräfte, qantara.de, 26.10.2005, im Internet aufrufbar unter http://de.qantara.de/Frauenzeitschrift-im-Visier-der-konservativen-Justiz/2148c136/index.html, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011; als Rechtsgrundlage hierfür wurde Art. 31 des Mediengesetzs von 2004 genannt, der die Veröffentlichung von Artikeln unter Strafe stellt die „den Prinzipien des Islam widersprechen“, vgl. *Rohe*, Islamisches Recht im islamischen Staat, in: Jastrow/Talay/Hafenrichter (Hrsg.), Studien zur Semitistik und Arabistik, S. 341 (345).

[96] Auch in der iranischen Stadt Qom wurde der Journalist am 4. März 2008 für 86 Tage ohne Anklage festgenommen siehe dazu The International Federation of Journalists, Afghan Magazine Editor Released from Prison in Iran, IFJ.org – Europe, im Internet aufrufbar unter http://europe.ifj.org/fr/articles/afghan-magazine-editor-released-from-prison-in-iran.print, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011.

[97] Vgl. *Mayer*, Islam and Human Rights, S. 116.

[98] *Moschtaghi*, Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip, VRÜ 2008, S. 185 (218).

[99] Anders ist die Rechtslage in der Islamischen Republik Iran, denn die Richter des Wächterrats werden vom religiösen Führer ernannt (Art. 91 Nr. 1, 110 Nr. 6 a) IranVerf., siehe dazu *Shirvani*, Der Wächterrat im institutionellen Kontext der iranischen Verfassung, VRÜ 2010, S. 244 (248 ff.).

[100] *Schöpp-Schilling,* „Frauenausschuss“ der VN in der Interaktion mit islamisch geprägten Staaten, in: Elliesie (Hrsg.), Islam und Menschenrechte, S. 417 (454).

Frau nur in einem langfristigen Prozess zu erreichen sein, dessen Dynamik insbesondere von friedens- und entwicklungspolitischen Fortschritten abhängt.[101] Im Rahmen eines frauenfreundlichen Diskurses sind Hoffnungsträger diejenigen afghanischen Frauenrechtlerinnen, die sich dafür einsetzen dem ideologisch vorherrschenden patriarchalischen Geschlechterdiskurs eine egalitäre Islam-Interpretation entgegenzusetzen.[102] Damit schließen sich diese Frauenrechtlerinnen, denen in anderen islamischen Ländern an, die im Wege einer modernen Auslegung der islamischen Quellen eine frauenfreundliche Auslegung des islamischen Rechts zu entdecken suchen. Langfristig ist es erforderlich die schwierige Gratwanderung zwischen moderner Gesetzgebung einerseits und Wahrung der islamischen Identität andererseits zu vollbringen.[103]

Wichtig ist jedoch, dass die öffentliche Meinung entsprechenden Druck ausübt. Um das zu erreichen, ist es notwendig, dass maßgebliche Teile der lokalen Bevölkerung von einer frauen- bzw. menschenrechtsfreundlichen Auslegung des Islam überzeugt sind.[104] Allein Gesetze und Programme reichen oftmals nicht aus, um Verhaltensänderungen zu erzielen.[105] Fehlendes Verfassungsverständnis und die mangelnde Akzeptanz dieser führen zu keiner Verbesserung in naher Zukunft.[106]

In einem Land, in dem seit über 30 Jahren andauernd kriegerische Auseinandersetzungen herrschen, kann sich sowohl das Recht im Allgemeinen, aber auch nicht die von Afghanistan ratifizierten internationalen Menschenrechtsabkommen etablieren und enwickeln.[107] Daher steht es außer Frage, dass in Afghanistan in erster Linie Grundbedürfnisse erfüllt werden müssen. Dazu gehören die Verbesserung der Sicherheitslage, die Gesundheitsversorgung und der Zugang zur Bildung für Alle. Die Hälfte der Bevölkerung lebt unter der Armutsgrenze.[108] Die meisten Menschen verfügen weder über einen Zugang zu sauberem Wasser noch zu Elektrizität.[109] Doch diese Notwendigkeiten können eine Diskriminierung der Frau nicht rechtfertigen. Das sind zwei von einander zu unterscheidende Aspekte. Anders formuliert könnte man sagen, dass es der afghanischen Bevölkerung nicht

---

[101] *Kreile*, Scharia oder Paschtunwali?, Streit 4 (2002), S. 152 (155).

[102] Vgl. *Kreile*, Scharia oder Paschtunwali?, Streit 4 (2002), S. 152 (155).

[103] Vgl. *Waletzki*, Ehe und Ehescheidung in Tunesien, S. 117.

[104] *Kriebaum,* Menschenrechte und Scharia, in: Marboe/Reinisch, Wittich, Zwangsarbeiter und Restitution, S. 113 (135).

[105] Vgl. *Schöpp-Schilling*, CEDAW nach 25Jahren, in: Zimmermann/Giegerich (Hrsg.), Gender und Internationales Recht, S. 137 (160).

[106] *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), S. 93 (106).

[107] Vgl. auch *Parhisi*, Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Binder/Fuchs/Goldmann/Kleinlein/Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, S. 93 (105).

[108] *Röder,* Der behutsame Weg zu einem stabilen Staat, Max Planck Forschung 1/09, S. 39 (40).

[109] *Röder,* Der behutsame Weg zu einem stabilen Staat, Max Planck Forschung 1/09, S. 39 (40).

zu Frieden bzw. Wohlstand verhelfen wird, wenn Frauen diskriminiert werden. Offensichtliche Missstände können zu keiner Zeit und mit keinem Grund geduldet werden.

Sicherlich kann der Zugang zur Bildung mit der Zeit dazu führen, dass sich die Bevölkerung von der „Kultur der Menschenrechtsverletzung“ zu einer „Kultur der Menschenrechte“ entwickelt. Grundlage für jede Entwicklung ist jedoch die Sicherheit.[110] Nachhaltige Ansätze führen nicht weiter, wenn die Straßen aufgrund hoher Überfallrisiken nicht befahrbar sind, Schulen abgebrannt und Richter ermordet werden.[111] Mehr als 90 % der Mädchen können aufgrund der schlechten Sicherheitslage nicht zur Schule gehen.[112]

Falls es zu diesen Entwicklungen auch in Afghanistan kommen sollte, wird das Recht es entsprechend nicht ignorieren können, denn es gilt stets zu bedenken, dass das Recht zu wesentlichen Teilen ein Produkt der Lebensumstände ist.[113] Noch sind die Entwicklungen der nächsten Jahre nicht abzuzeichnen. Afghanistan laviert zwischen Hoffnung und Desaster.[114] Der Sicherheitsrat hat das Mandat der UNAMA bis März 2015 verlängert.[115] Bleibt zu hoffen, dass sich die Entwicklung im Verlaufe der nächsten Jahre unter der Präsidentschaft Aschraf Ghanis zum Positiven verändert und das Land keine Rückschläge erleidet. Insbesondere auf die Geschlechterfrage sollten die afghanischen Rechtsanwender stets vor Augen haben, dass der *qurā`n* selbst folgendes besagt:

Gott will es Euch leicht machen, nicht schwer.[116]

Dieser Satz ist zweifellos auch im Hinblick auf die Rechte der Frau anwendbar.

---

[110] *Röder,* Der behutsame Weg zu einem stabilen Staat, Max Planck Forschung 1/09, S. 39 (40).
[111] *Röder,* Der behutsame Weg zu einem stabilen Staat, Max Planck Forschung 1/09, S. 39 (40).
[112] Amnesty International, Women human rights defenders continue to struggle for women´s rights, S. 1.
[113] Vgl. *Rohe*, Das neue ägyptische Familienrecht, StAZ 2001, S. 193 (206 f.).
[114] *Schlitz*, Die Stunde der Wahrheit schlägt 2017, Die Welt online vom 30. September 2014, http://www.welt.de/debatte/kommentare/article132781079/Die-Stunde-der-Wahrheit-schlaegt-2017.html?config=print#, zuletzt aufgerufen am 13. Oktober 2014.
S/RES/2145 vom 17. März 2014, http://www.un.org/Depts/german/sr/sr_14/sr2145.pdf, zuletzt aufgerufen am 13. Oktober 2014.
[116] Vgl. beispielsweise Sure 2:185; 4:27 f.; 65:4:7.

Literaturverzeichnis

Abiad, Nisrine	Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations, London 2008.
Afghanistan Independent Human Rights Commission	Evaluation Report on General Situation of Women in Afghanistan, im Internet zu finden unter http://www.unhcr.org/refworld/type,COUNTRYREP,AIHRC,,47fdfad5d,0.html, zuletzt aufgerufen am 4. Juli 2012.
Afsah, Ebrahim Guhr, Alexandra Hilal	Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, p. 373-456.
Ahl, Björn	Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge in China, Heidelberg 2009.
Aichele, Valentin	Nationale Menschenrechtsinstitutionen: ein Beitrag zur nationalen Implementierung von Menschenrechten, Frankfurt a.M. 2003.
Alexy, Robert	Theorie der Grundrechte, 1. Auflage, Baden-Baden 1985.
Al-Hibri, Azizah	A Study of Islamic Herstory: Or how did we ever get into this mess?, in: dies. (Hrsg), Women and Islam, Oxford 1982, S. 207-219.
Ali, Kecia	Sexual Ethics and Islam: feminist reflections on Qur`an, Hadith, and jurisprudence, Oxford 2006.
Ali, Shaheen Sardar	Gender and Human Rights in Islam and International Law – Equal Before Allah, Unequal Before Man?, Den Haag u.a. 2000.

Amira Mashhour — Islamic Law and Gender Equality – Could There be a Common Ground?: A Study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legilsation in Tunisia and Egypt, Human Rights Quarterly 27 (2005), S. 562-596.

Amnesty International — Amnesty Report 2012 – Afghanistan, im Internet aufrufbar unter http://www.amnesty.de/jahresbericht/2012/afghanistan#hintergrund, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

Amnesty International — Women human rights defenders continue to struggle for women´s rights, S. 2, im Internet zu finden unter http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA11/003/2008/en/05e2dc5f-ec98-11dc-9a27-819d7db3035f/asa110032008eng.pdf, zuletzt aufgerufen am 4. Juli 2012.

Amnesty International — Afghanistan. Women still under attack – a systematic failure to protect, Mai 2005 (AI Index: ASA 11/007/2005), S. 26, im Internet aufrufbar unter http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA11/007/2005/en/21078ed1-d4e7-11dd-8a23-d58a49c0d652/asa110072005en.pdf, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011.

Amnesty International — Amnesty International Journal 1995, Menschenrechte in Trümmern, im Internet aufrufbar unter http://www.amnesty.de/umleitung/1995/deu05/001?lang=de%26mimetype%3dtext%2fhtml, zuletzt aufgerufen am 16. Juni 2010.

Anderson, N.J.D.	Islamic Law Today. The Background to Islamic Fundamentalism, Arab Law Quarterly 1987, S. 339-351.
An-Na`im, Abdullahi	The Dichotomy Between Religious and Secular Discourse in Islamic Societies, in: Mahnaz Afkhami (Hrsg.), Faith & Freedom, Women´s Human Rights in the Muslim World, London 1995, S. 51-60.
An-Na`im, Abdullahi	Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, And International Law, New York 1996.
Apelt, Willibalt	Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes, JZ 1951, S. 353–359.
Arat, Zehra F.	Women`s Rights in Islam: Revisiting Quranic Rights, in: Admantia Pollis / Peter Schwab, Human Rights: New Perspectives, New Realities, Boulder 2000, S. 69-95.
Armytage, Livingston	Justice in Afghanistan, Rebuilding Judicial Competence After the Generation of War, ZaöRV 2007, S. 185-210.
Arnauld, Andreas von	Rechtssicherheit: perspektivische Annäherungen an eine "idée directrice" des Rechts , Berlin 2005.
Arshad, Amna	Ijtihad as a Tool for Islamic Legal Reform: Advancing Women`s Rights in Morocco, Kan.J.L. & Pub. Pol`y 129 (2006-2007), S. 129-156.
Aryobsei, Mina	Constitutional Law in Muslim Countries / Challenges for the Afghan Constitution. Impulses from a Comparative Perspective. Doppel-Tagung in Dubai Februar 2009, VRÜ 2009, S. 130-139.

Auswärtiges Amt — 1. Afghanistan-Konferenz «UN Talks on Afghanistan» Bonn, November 2001, http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/RegionaleSchwerpunkte/AfghanistanZentralasien/KonferenzPetersberg2001_node.html, zuletzt aufgerufen am 18. Februar 2011.

Badr, Gamal M. — A Survey of Islamic International Law, ASIL Proceedings 76 (1982), S. 56–61.

Baer, Susanne — Eine Verfassung für Afghanistan: Gleichberechtigung als Verfassungsziel, in: Streit 4 / 2003, S. 173–176.

Balić, Smail — Ruf vom Minarett, 3. Auflage, Hamburg 1984.

Bälz, Kilian — Sharî`a and Qânûn in Egyptian Law: A Systems Theory Approach to Legal Pluralism, London 1996.

Banovic, Dragica — Die Verfassungsentwicklung in Bosnien und Herzegowina – Geschichte, Prozessrecht, Verfassungsrechtsprechung und das Paradigma der internationalen Regulierungen, Hamburg 2009.

Barfield, Thomas — Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Judicial Institutions, im Internet aufrufbar unter http://www.usip.org/files/file/barfield2.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2012.

Bartsch, Hans-Jürgen — Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes 1986-1989, NJW 2
1989, S. 3061 – 3069.

Bauer, Antje — Handlungsspielräume und Hindernisse für die Beteiligung von Frauen am demokratischen Aufbau in Afghanistan, Berlin 2002.

Benda, Ernst	Der soziale Rechtsstaat, in: ders./Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts (1), 2. Auflage, Berlin, New York 1995, S. 719-798.
Benda-Beckmann, Franz Benda-Beckmann, Keebet	Adat, Islam und Staat – Rechtspluralismus in Indonesien, in: Michael Kemper / Maurus Reinkowski (Hrsg.), Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, Berlin 2005, S. 89 – 104.
Benda-Beckmann, Franz von	Citizens, strangers and indigenous peoples: Conceptual politics and legal pluralism, in: Franz Benda-Beckmann/ k. von Hoekema (Hrsg.), Natural resources, environment and legal pluralism, Yearbook Law & Anthropology 9, Dordrecht 1997, S. 1-42.
Benda-Beckmann, Franz von	Rechtspluralismus: Analytische Begriffsbildung oder politisch-ideologische Programm?, in: Zeitschrift für Ethnologie 119 (1994), S. 1-16.
Benda-Beckmann, Franz von	Gefangen im Rechtspluralismus: Zum Umgang mit Normenkollisionen in rechtlich pluralen sozialen Räumen, in: Matthias Kötter / Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen – Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates, 1. Auflage, Baden-Baden 2009, S. 169-189.
Benda-Beckmann, Franz von	Rechtspluralismus, Analytische Begriffsbildung oder politisch-ideologisches Programm? Zeitschrift für Ethnologie 119 (1994), S. 1-16.

Berger, Maurits S. The Shari´a and Legal Pluralism, in: Baudouin Dupret / Maurits Berger / Laila Al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, Den Haag 1999, S. 113 – 124.

Bernhardt, Rudolf Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat – Eine Untersuchung zum deutschen und ausländischen Bundesstaatsrecht, Köln, Berlin 1957.

Bernstorff, Jochen von Anmerkungen zur innerstaatlichen Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge: Welche Rechtswirkungen erzeugt das Menschenrecht auf inklusive Schulbildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention im deutschen Sozial- und Bildungsrecht?, RdJB 2001, S. 203-217.

Bleckmann, Albert Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge – Versuch einer allgemeinen Theorie des self-executing treaty auf rechtsvergleichender Grundlage, Berlin 1970.

Bleckmann, Albert Grundgesetz und Völkerrecht: ein Studienbuch, Berlin 1975.

Bleckmann, Albert Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1979, S. 309 – 318.

Bleckmann, Albert Völkerrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2001.

Blettner, Annette Mütter mit Kindern in Sippenhaft, Focus-online vom 2.12.2008, im Internet http://www.focus.de/politik/ausland/tid-12739/afghanistan-muetter-mit-kindern-in-sippenhaft_aid_352724.html, zuletzt aufgerufen am 12. Juli 2011.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik, NJW 1976, S. 2089 – 2144.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang	Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 1989, S. 95.
Boone, Jon	"Worse than the Taliban" – new law rolls back rights for Afghan women, The Guardian vom 31. März 2009, im Internet aufrufbar am http://www.guardian.co.uk/world/2009/mar/31/hamid-karzai-afghanistan-law, zuletzt aufgerufen am 23. Januar 2011.
Brandt, Micheel	Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries, The UN Experience: Cambodia, East Timor & Afghanistan, United Nations Development Programme, June 2005, im Internet aufrufbar unter http://www.unrol.org/doc.aspx?n=constitution+making+and+UN+Experience+Report_Michele+Brandt.doc, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011
Brown, Daniel W.	Rethinking Tradition in Modern Islamic Thought, Cambridge 1996.
Brownlie Ian	Principles of Public International Law, 7. Auflage, Oxford u.a. 2008.
Brugger, Winfried	Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten von Amerika, JöR 1994, S. 571 – 592.
Brunet, Ariane Helal, Isabelle Solon	Seizing an Opportunity: Afghan Women and the Constitution-Making Process, Rights & Democracy Mission Report May-June 2003, im Internet http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN016657.pdf, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

Büchler, Andrea — Das islamische Familienrecht: Eine Annäherung, unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses des klassischen islamischen Rechts zum geltenden ägyptischen Familienrecht, Bern 2003.

Büchner, Gerold — Berlin dringt auf Rechtsstaatlichkeit in Afghanistan, Berliner Zeitung vom 7. März 2003, im Internet http://www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/2003/0307/politik/0056/index.html, zuletzt aufgerufen am 15. März 2011.

Buchs, Gaby — Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen. Am Beispiel der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika, Baden-Baden 1993.

Buck, Carsten — Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt a.M., 1998.

Buck, Petra — Geistiges Eigentum und Völkerrecht: Beiträge des Völkerrechts zur Fortentwicklung des Schutzes von geistigem Eigentum, Berlin 1994.

Büscher, Horst — Verfassungsrechtliche und politische Entwicklung seit dem Zweiten Weltkrieg bis 1973. in: Paul Bucherer-Dietschi/ Christoph Jentsch (Hrsg.): Afghanistan. Ländermonographie, Liestal 1986; S. 235-262.

Büscher, Patrick — Gleichheit im Familienrecht, in: Bea Verschraegen (Hrsg.), Gleichheit im Familienrecht, Bielefeld 1997.

Buskens, Léon	Recent Debates on Family Law Reform in Morocco: Islamic Law as Politics in an Emerging Sphere, in: Islamic Law and Society, Vol. 10, 2003, S. 70-131.
Busse, Heribert	Grundzüge der islamischen Theologie und der Geschichte des islamischen Raumes, in: Werner Ende/Udo Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, Bonn 2005, S. 21-55.
Busse, Nikolas Löwenstein, Stephan	Fördern und fordern, F.A.Z. vom 6.12.2011.
Bydlinski, Franz	Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien 1991.
Canaris, Claus-Wilhelm	Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Heinrich Honsell / Roger Zäch /Franz Hasenböhler / Friedrich Harrer / René Rhinow, Privatrecht und Methode – Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel u.a. 2004, S. 141-159.
Cassese, Antonio	Modern Constitutions and International Law, Recuiel des Cours 192 (1985), S. 331-476.
Chesterman, Simon	You, The People, The United Nations, Transitional Administration, and State-Building, Oxford 2004.
Chesterman, Simon	Walking Softly in Afghanistan: the Future of UN-Statebuilding, Survival Vol. 44 No. 3, 2002, S. 37-46.
Chinkin, Christine	Reservations and Objections to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, in: Christine Chinkin and Others / J.P. Gardner (Hrsg.), Human Rights as General Norms and a State`s Right to Opt Out. Reserva-

tions and Objections to Human Rights Conventions, London 1997,
S. 64-84.

Chishti, Nighat Mehroze — Constitutional Development in Afghanistan, Karachi 1998.

Choudhury, Nusrat — Constrained Spaces for Islamic Feminism: Women´s Rights and the 2004 Constitution of Afghanistan, in: Yale Journal of Law and Feminism, 2007 – 2008, S. 155 – 199.

Cobanov, Goran — Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsentwicklung in Makedonien, Marburg 2009.

Collett-White, Mike — Delay Debate on Afghan Constitution Begins, e-Ariana, 10. Juni 2003, im Internet unter http://www.e-ariana.com/ariana/eariana.nsf/allDocs/149049B8EC1720E087256D41004DD6A5?OpenDocument, zuletzt aufgerufen am 29. August 2010.

Connors, Jane — The Women`s Convention in the Muslim World, in: Christine Chinkin and Others / J.P. Gardner (Hrsg.), Human Rights as General Norms and a State`s Right to Opt Out. Reservations and Objections to Human Rights Conventions, London 1997, S. 86-103.

Cook, Rebecca J. — Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Virginia Journal of International Law 1990, S. 643-716.

Cook, Rebecca J. — State Accountability Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against

	Women, in: dies. (Hrsg.), Human Rights of Women, National and International Perspectives, Philadelphia 1994, S. 228 – 256.
Cottier, Thomas Schefer, Krista	The Relationship Between World Trade Organinzation Law, National and Regional Law, in: Journal of International Economic Law 1 (1998), 83-122.
Coulson, N.J.	A History of Islamic Law, Edinburgh 1991.
Creifelds, Carl	Rechtswörterbuch, 20. Auflage, München 2011.
D`Souza, Shantie Mariet	Constitution Making in Afghanistan: Hurdles Galore, Article No. 1239, 10 December 2003, im Internet aufrufbar unter www.ipcs.org/Pring_article-details.php?recNo=1248, zuletzt aufgerufen am 20. Mai 2009.
Dahm, Georg Delbrück, Jost Wolfrum, Rüdiger	Völkerrecht, Band I/3, 2. Auflage, Berlin 2002.
De Lauri, Antonio	Law in Afghanistan: A Critique of Post – 2001 Reconstruction, Journal of Critical Globalisation Studies, Issue 6 (2013), S. 4 – 29.
De Lauri, Antonio	Access to justice and human rights in Afghanistan, Crime Law Soc Change 2013, S. 261 – 285.
Delbrück, Jost	Die Konvention der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau von 1979 im Kontext der Bemühungen um einen völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte, in: Ingo v. Münch (Hrsg.), Staatsrecht – Völkerrecht – Europarecht, Festschrift für Hans-Jürgen

Schlochauer zum 75. Geburtstag, Berlin/New York 1981, S. 247 – 270.

Democracy International — U.S. Election Observation Mission to the Afghan Presidential and Provincial Council Elections 2009, S. 12, im Internet aufrufbar unter http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PDACQ679.pdf, zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2011.

Dempsey, John; Thier, Alexander — Resolving the Crisis over Constitutional Interpretation in Afghanistan, S. 1, im Internet aufrufbar unter http://www.usip.org/files/resources/USIP_0309_2.PDF, zuletzt aufgerufen am 2. April 2012.

Dennerlein, Bettina — Islamisches Recht und sozialer Wandel in Algerien – Zur Entwicklung des Personalstatuts seit 1962, Berlin 1998.

Dick, Judith — Offizieller Rechtspluralismus im Konkurrenzverhältnis unterschiedlich geregelter Geschlechterverhältnisse, Das Recht der Khasi im System des personalen Rechts (personal laws) Indiens, Gießen 2007.

Djan-Zirakyar, Rahmat Rabi — Stammesgesellschaft, Nationalstaat und Irredentismus am Beispiel der Paschtunistanfrage, Frankfurt am Main 1978.

Dörr, Oliver — Die Vereinbarungen von Dayton/Ohio, Eine völkerrechtliche Einführung, AVR Bd. 35 (1997), S. 129 – 180.

Dreier, Horst — Einheit und Vielfalt der Verfassungsordnungen im Bundesstaat, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994,

S. 113-146.

Dreier, Ralf — Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: Ralf Dreier / Friedrich Schwegmann, Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumentation einer Kontroverse, Baden-Baden, 1976.

Dupree, Louis — Afghanistan, Princeton 1973.

Dupree, Nancy Hatch — Frauen in Afghanistan. Nachtrag 1985, in: Fahimi Rahimi, Women in Afghanistan, Frauen in Afghanistan, Liestal 1986.

Dupret, Baudouin — A Return to the Sharī`a? Egyptian Judges and the Reference to Islam, in: Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law, Tübingen 2005, S. 161 – 178.

Dupret, Baudouin
Berger, Maurits
Al-Zwaini, Laila — Introduction, in: Dupret, Baudouin/Berger, Maurits/Al-Zwaini, Laila (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, Den Haag 1999, S. xi-xviii.

Dupret, Baudouin — Legal pluralism, normative plurality and the Arab world, in: Boudouin Dupret / Maurits Berger / Laila al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, Den Haag 1999, S. 29-40.

Dupuy, Pierre-Marie — Equality under the 1966 Covenants and in the 1948 Declaration, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin u.a. 2003, S. 149-160.

Dworkin, Ronald — Taking Rights Seriously – New Impression with a Reply to Critics, Cambridge 1977.

Ebert, Hans-Georg — Islam und šarī´a in den Verfassungen der arabischen Länder, ZfR 1998, S. 3

Ebert, Hans-Georg — Tendenzen der Rechtsentwicklung, in: Werner Ende/Udo Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart,
S. 199 – 228.

Ebrahim-Nesbat, Firous — Rechtswörterbuch, Deutsch-Persisch, Bd. I, im Internet aufrufbar unter http://d-nb.info/1003102395/34, zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2012.

Ebrahim-Nesbat, Firous — Rechtswörterbuch, Persisch-Deutsch, Bd. II, im Internet aufrufbar unter http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2010/nesbat_2.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2012.

Ebsen, Ingwer — Gleichberechtigung von Männern und Frauen, in: Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts (1), 2. Auflage, Berlin 1995, S. 263-292.

Ehlers, Dirk
Schoch, Friedrich — Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, Berlin 2009.

Ehrlich, Eugen — Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. Auflage, Berlin 1989.

El Alami, Dawoud S. — The Marriage Contract in Islamic Law in the shari`ah and Personal Status laws of Egypt and Morocco, London u.a. 1992.

Elliesie, Hatem — Rule of Law in Afghanistan, in: Matthias Koetter/Gunnar Folke Schuppert, Understandings of the Rule of Law in various Legal orders of the World, im Internet aufrufbar unter http://wikis.fu-

ber-
lin.de/download/attachments/23430100/Elliesie+
Afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2012.

Emmerich-Fritsche — Vom Völkerrecht zum Weltrecht, Berlin 2007.

Ende, Werner — Der schiitische Islam, in: Werner Ende/Udo Steinbach, Der Islam in der Gegenwart, Bonn 2005, S. 70-85.

Entekhabi-Fard, Camelia — Power struggle brews in Afghanistan pitting President against Parliament, Eurasianet, 12. April 2006, im Internet http://www.eurasianet.org/departments/insight/articles/eav041306a.shtml, zuletzt aufgerufen am 11.08.2010.

Ermacora, Felix — The Protection of Minorities before the United Nations, Recueil Des Courts (Rdc), 1983 IV, S. 247 – 370.

Ernst, Carl W. — Mohammed Folgen: Der Islam in der Modernen Welt, Göttingen 2007.

Esposito, John L. DeLong-Bas, Natana J. — Women in Muslim Family Law, Syracuse 2001.

Evans, Malcom D. — International Law, Oxford 2010.

Ewans, Martin — Afghanistan – A Short History of Its People and Politics, New York 2002.

Farmer, Ben — Hamid Karzai signs law „legalizing rape in marriage", The Telegraph vom 31. März 2009, im Internet aufrufbar unter

http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/afghanistan/5080797/Hamid-Karzai-signs-law-legalising-rape-in-marriage.html, zuletzt aufgerufen am 23. Januar 2011.

Felix, Dagmar — Einheit der Rechtsordnung: Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998.

Finkelman, Andrew — The Constitution and Its Interpretation: An Islamic Law Perspective on Afghansitan´s Constitutional Development Process, 2002-2004, Al Nakhlah, The Fletcher School Online Journal for issues related to Southwest Asia and Islamic Civilization, 2005, im Internet aufrufbar unter http://fletcher.tufts.edu/al_nakhlah/archives/spring2005/finkelman.pdf, zuletzt aufgerufen am 29. Juni 2011.

Forsthoff, Ernst — Rechtsstaat im Wandel: verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973, 2. Auflage, München 1976.

Forsthoff, Ernst — Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 10. Auflage, München 1973.

Frankfurter Allgemeine Zeitung.NET — Nordallianz – ein Zweckbündnis ehemaliger Gegner, 1. November 2001, im Internet http://www.faz.net/s/RubA24ECD630CAE40E483841DB7D16F4211/Doc~EAC40D41DEFAB4273BE3EBABAFBDD6723~ATpl~Ecommon~Scontent.html , zuletzt am 3. März 2011 aufgerufen.

Fraser-Tytler — Afghanistan. A Study of Political Developments in Central Asia, London u.a.1950.

Fremont, Michel	Der französische Verfassungsrat, in: Christian Starck / Albrecht Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, Teilband I: Berichte, 1. Auflage, Baden-Baden 1986, S. 309 – 342.
Fröhlich, Constanze	Krisenherd Afghanistan: Eine Analyse der regionalen sicherheitspolitischen Auswirkungen, 1979-2004, Freiburg 2005.
Fyzee, Asaf A.A.	Outlines of Mohammedan Law, 4. Auflage, Dehli 1999.
Garham, Stephen	A new constitution for Afghanistan", CBS News, Kabul, Jan. 26 2004, im Internet aufrufbar unter http://www.cbsnews.com/stories/2004/01/02/world/main591116.shtml, zuletzt aufgerufen am 20. Juni 2009.
Gastberg, Aiko Sanuri, Shirin	Die schiitische Rechtsprechung im Iran: Entstehungsgeschichte und Entwicklung vom Beginn des Imamats bis zur Gegenwart, 1. Auflage, Nordstedt 2010.
Gauster, Markus	Konflikttransformation und Staatsbildung in Afghanistan, in: Walter Feichtinger / Predrag Jureković (Hrsg.), Internationales Konfliktmanagement im Fokus. Kosovo, Moldova und Afghanistan im kritischen Vergleich, Baden-Baden 2006, S. 187-236.
Gebauer, Matthias Najafizada, Shoib	Frauen in Afghanistan: Gesetz regelt Sexualverkehr mit Ehemännern, Spiegelonline vom 2. April 2009, im Internet aufrufbar unter http://www.spiegel.de/politik/ausland/frauen-in-afghanistan-gesetz-regelt-sexualverkehr-mit-ehemaennern-a-617118.html, zuletzt aufgerufen am 2. Oktober 2012.

Gebauer, Matthias — Afghanistan-Konferenz in Tokio, Spiegel-online vom 7. Juli 2012, im Internet aufrufbar unter http://www.spiegel.de/politik/ausland/konferenz-in-tokio-nato-stellt-afghanistan-weitere-milliarden-in-aussicht-a-843108.html, zuletzt aufgerufen am 13. Juli 2012.

Gebauer, Matthias — Zahlen und Hoffen, Spiegelonline vom 5. Dezember 2011, aufrufbar unter http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,801887,00.html, zuletzt aufgerufen am 5. Dezember 2011.

Geiger, Rudolf — Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht, die Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht, 5. Auflage, München 2010.

Gerber, Gelinde — Die neue Verfassung Afghanistans, Berlin 2007.

Gerner, Martin — Frauenzeitschrift im Visier der konservativen Kräfte, qantara.de, 26.10.2005, im Internet http://de.qantara.de/Frauenzeitschrift-im-Visier-der-konservativen-Justiz/2148c136/index.html, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011.

Ghaussy, Ghanie A. — Erziehungs- und Bildungsprobleme eines Entwicklungslandes. Das Beispiel Afghanistan. in: Ders. (Hrsg.), Gefährdete Ausbildungshilfe. Zur Problematik der akademischen Ausbildung von Führungskräften aus den Entwicklungsländern, Tübingen 1962, S. 49-63.

Giegerich, Thomas — Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien: Ein konstitutioneller Ansatz, ZaöRV 1995, S. 713-782.

Giese, Friedrich	Die Verfassung des Deutschen Reiches, Taschenausgabe für Studium und Praxis, Berlin 1931.
Goldsworthy, Jeffrey	The Challenges of Constitutional Interpretation, in: Jeffrey Goldsworthy (Hrsg.), Interpreting Constitutions, a comparative study, Oxford 2007, S. 1-6.
Goodhand, Jonathan	From War Economy to Peace Economy? Reconstruction and State Building in Afghanistan, Journal of International Affairs 58 (2004), S. 155-173.
Gregorian, Vartan	The Emergence of Modern Afghanistan, Politics of Reform and Modernization, 1880-1946, Stanford 1969.
Grevemeyer, Jan-Heeren	Afghanistan – Sozialer Wandel und Staat im 20. Jahrhundert, Berlin 1990.
Griffiths, John	What is legal pluralism?, Journal of Legal Pluralism, Vol. 24 (1986), S. 1-55.
Griffiths, John	Preface, in: Baudouin Dupret/Maurits Berger/Laila Al-Zwaini (Hrsg.), Legal pluralism in the Arab world, Den Haag 1999, S. vii-x.
Gröner, Lissy	Schiitisches Familiengesetz in Afghanistan tritt Frauenrechte mit Füßen, im Internet aufrufbar unter http://www.lissy-groener.de/public/2009/presse2009-04-24_frauenrechte_in_afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 24. Januar 2011
Grote, Rainer	Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 2004, S. 897-915.
Haarmann, Maria	Der Islam: ein Lesebuch, München 1992.

Häberle, Peter — Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation – Ein Problemkatalog, ERPL 2000, S. 867 – 895.

Häberle, Peter — Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Auflage, Berlin 1998.

Häberle, Peter — Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, S. 913-919.

Häberle, Peter — Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation – ein Problemkatalog, European Review of Public Law 2000, S. 867 – 896.

Häberle, Peter — Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates, EuGRZ 2004, S. 117-124.

Hailbronner, Kay; Kau, Marcel — Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Wolfgang Graf Vitzthum, Völkerrecht, 5. Auflage, Berlin/New York 2010, S. 188-266 .

Hallaq, Wael B. — A History of Islamic Legal Theories, An Introduction to *Sunnī Usūl Al-Fiqh*, Cambridge u.a. 1997.

Hallaq, Wael B. — Sharī`a – Practice – Transformations, Cambridge 2009.

Harrak, Fatima — The History and Significance of the New Moroccan Family Code, Institute for the Study of Islamic Thought in Africa, Working Paper No. 09 – 002, March 2009, im Internet aufrufbar unter http://www.cics.northwestern.edu/documents/workingpapers/ISITA_09-002_Harrak.pdf, zuletzt

aufgerufen am 7. August 2011.

Harris Rimmer, Susan — Building Democracy and Justice After Conflict: Working Paper No. 5 – The Afghanistan Independent Human Rights Commission, März 2010, im Internet http://cigj.anu.edu.au/cigj/link_documents/Afghan.pdf, zuletzt aufgerufen am 31. Mai 2011.

Hart, Vivien — Democratic Constitution Making, United States Institute of Peace, Special Report 107, Juli 2003, im Internet aufrufbar unter http://www.usip.org/files/resources/sr107.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Oktober 2010.

Hartmann, Angelika — Pluralismus und Toleranz aus der Sicht des Islam, in: Christian Augustin / Johannes Wienand / Christiane Winkler (Hrsg.), Religiöser Pluralismus und Toleranz in Europa, Wiesbaden 2006, S. 123-186.

Hartwig, Matthias — Der Gleichheitssatz und die Universalisierung der Menschenrechte, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin u.a., 2003, S. 273 – 287.

Hassan, Farooq A. — The Sources of Islamic Law, ASIL Proceedings 76 (1982), S. 65 – 75.

Hattenhauer, Hans — Zur Rechtsgeschichte und Dogmatik der Gesetzesauslegung, in: Reinhard Zimmermann / Rolf Knütel / Jens Peter Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Festschrift für Hans Hermann Seiler, Heidelberg 1999, S. 129-147.

Haußig, Hans-Michael	Islam, Gesamttitel: Religionen und Weltanschauungen: Werte, Normen, Fragen in Judentum, Christentum, Islam, Hinduismus/Buddhismus, Esoterik und Atheismus, in: Karl E. Grözinger (Hrsg.). In Zusammenarbeit mit Christian Lange, Bd. 3, Berlin 2009.
Hazar, Kamran Mir	Afghanistan`s Ulama Council wages war against women, kabulpress vom 4. März 2012, im Internet aufrufbar unter http://kabulpress.org/my/spip.php?article100936, zuletzt aufgerufen am 5. März 2012.
Hekimoglu, Methmet Merdan	Das Gleichberechtigungsprinzip im türkischen Recht, Eine rechtsvergleichende und kritische Betrachtung des Gleichberechtigungsprinzips im türkischen Recht unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Arguvan 2000.
Henkin, Louis	Human Rights, in: Encyclopedia of Public International Law, Bd. 8, 1985, S. 268 - 274
Herdegen, Matthias	Völkerrecht, 11. Auflage, München 2012.
Herdegen, Matthias	Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, JZ 2004, S. 873-928
Hesse, Konrad	Der Gleichheitssatz in der Verfassungsentwicklung, AöR 1984, S. 174 – 198.
Hesse, Konrad	Bedeutung der Grundrechte, in: Ernst Benda / Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts (1), 2. Auflage, Berlin 1995, S. 127-160.

Hingst, Ulla	Auswirkungen der Globalisierung auf das Recht der völkerrechtlichen Verträge, Berlin 2001.
Hippler, Jochen	Afghanistan: Von der „Volksdemokratie“ zur Herrschaft der Taliban, in: Jahrbuch der Dritten Welt 1998, S. 165–184.
Hobe, Stephan	Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, Tübingen und Basel 2008.
Hofmann, Bianca	Beendigung menschenrechtlicher Verträge, Rechtliche und faktische Schranken, Berlin 2009.
Holle, Levin	Das Verfassungsgericht der Republik Südafrika, Baden-Baden 1997.
Holzer, Nikolaus	Integration durch Verfassung – das Beispiel der Verfassunggebung in der Republik Südafrika, Mainz 1999.
Holzer, Patrick Edgar	Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, Zürich 1998.
Hooker, MB	Legal Pluralism – An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws, Oxford 1975.
Höpfner, Clemens	Die systemkonforme Auslegung: zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht, Tübingen 2008.
Huber, Ulrich	Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht, JZ 2003, S. 1-56.

Hübner, Georg — Die Mechanismen zur Durchsetzung von Frauenrechten im Rahmen der CEDAW und ihres Fakultativprotokolls, in: Sabine von Schorlemer (Hrsg.), Die Vereinten Nationen und neuere Entwicklungen der Frauenrechte, 2007, S. 163-201.

Hudkinson, Keith — Muslim family law: a sourcebook, London 1984.

Human Rights Watch — „I had to run away"- The Imprisonment of Women and Girls for "Moral Crimes" in Afghanistan, März 2012, S. 27, im Internet aufrufbar unter http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/afghanistan0312webwcover_0.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Juli 2012.

Hussner, Manja — Die Übernahme internationalen Rechts in die russische und deutsche Rechtsordnung – Eine vergleichende Analyse zur Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassungen der Russländischen Föderation und der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 2005.

Hutter, Manfred — Die Weltreligionen, 3. Auflage, München 2008.

Ingalls, James — The New Constitution: A Step Backwards for Democracy, Foreign Policy in Focus, 10. März 2004, im Internet http://www.fpif.org/articles/the_new_afghan_constitution_a_step_backwards_for_democracy, zuletzt aufgerufen am 17. März 2011.

International Crisis Group — Asia Report No. 56, Afghanistan`s Flawed Constitutional Process, S. 14 f., im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-
asi-

a/afghanistan/056%20Afghanistans%20Flawed%20Constitutional%20Process.ashx, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

International Crisis Group — Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga, im Internet aufrufbar unter http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/asia/south-asia/afghanistan/B029%20Afghanistan%20The%20Constitutional%20Loya%20jirga.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Mai 2011.

International Peace Academy — The Future of UN-Statebuilding: Strategic and Operational Challenges and the Legacy or Iraq, 2004, S. 8, aufrufbar unter http://www.ipacademy.org/media/pdf/publications/future_of_un_state_building.pdf zuletzt aufgerufen am 9. März 2011.

Ipsen, Hans Peter — Über das Grundgesetz, Rede anläßlich des Beginns des neuen Amtsjahres des Rektors der Universität Hamburg am 17. November 1949, Hamburg 1950.

Ipsen, Jörn — Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 23. Auflage, München 2011.

Iwasawa, Yuji — The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis, Virginia Journal of International Law 1986, S. 627-692.

Jackson, John — Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis, in: American Journal of International Law 86 (1992), S. 310 – 340.

Jaeger, Christof — Die Stellung der Frau im Islamischen Ehe- und Scheidungsrecht der Vereinigten Arabischen

Republik, Köln-Deutz 1969.

Jamir, Sher — Zum Problem des Analphabetismus in Afghanistan – Ursachen, historische Entwicklung und aktuelle Konzepte, Münster/Hamburg, 1992.

Jarass, Hans D.
Pieroth, Bodo — Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 11. Auflage, München 2011.

Jawad, Haifaa A. — The Rights of Women in Islam, An Authentic Approach, London u.a. 1998.

Jelitte, Thomas — Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge in nationals Recht in Deutschland und Spanien, unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention, Frankfurt u.a. 2007.

Jeschek, Hans Heinrich — Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, NJW1954, S. 783–786.

Johnson, Baber — Staat, Recht und Religion im sunnitischen Islam - können Muslime einen religionsneutralen Staat akzeptieren?, in: Heiner Marré / Johannes Stüting (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 20 (1986),
S. 12 ff.

Johnson, Chris
Maley, William
Thier, Alexander
Wardak, Ali — Afghanistan´s political and constitutional development, January 2003, im Internet aufrufbar unter www.odi.org.uk/resources/download/4810.pdf, zuletzt aufgerufen am 14. März 2011.

Joseph, Sarah
Schultz, Jenny
Castan, Melissa — The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary, second edt., Oxford u.a., 2004.

Jouanjan, Olivier	Gleichheitssatz und Nicht-Diskriminierung in Frankreich, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin, Heidelberg u.a. 2003, S. 59 – 78.
Kälin, Walter Künzli, Jörg	Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Auflage, Basel 2008.
Kamali, Mohammad Hashim	Divorce and Women`s Rights: Some Muslim Interpretations of S. 2:228 , The Muslim World, Volume 74 1984, S. 85 - 99.
Kamali, Mohammad Hashim	Law in Afghanistan: A study of the Constitutions, Matrimonial Law and the Judiciary, Leiden 1985.
Kamali, Mohammad Hashim	Islam and Its Sharī`a in the Afghan Constitution 2004 with Special Reference to Personal Law, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law, S. 23-44.
Kamali, Mohammad Hashim	References to Islam and Women in the Afghan Constitution, Arab Law Quarterly 22 (2008), S. 270-306.
Kaufmann, Erich	Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 1927, S. 2 – 24.
Kaufmann, Franz-Xaver	Rechtsgefühl, Verrechtlichung und Wandel des Rechts, in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. X, S. 185 – 202.
Kaufmann, Wilhelm	Die Rechtskraft des Internationalen Rechts und das Verhältnis der Staatengesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben, Stuttgart 1899.

Kelsen, Hans — Reine Rechtslehre, 2. Auflage 1960, Nachdruck Wien 1967.

Kelsen, Hans — Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, ZaöRV 1958, S. 234 – 248.

Kelsen, Hans — Principles of International Law, Robert W. Tucker (Hrsg.), 2. Auflage, New York u.a. 1967.

Khadduri, Majid — International Law, Islamic, in: Rudolf Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Band III 2, Amsterdam u.a. 1997, S. 1236 ff.

Khaki, G.N. — Islam in Afghanistan: A Study of Islamic Institution, Popular Religious Literature and Human Rights, in: Hamid Naseem Rafiabadi (Hrsg.), Challenges to religion and Islam: A Study of Muslim Movements, Personalities Issues and Trends, Part 2, New Delhi 2007, 535 – 567.

Khan, Hamid — Islamic Law of Inheritance: A Comparative Study of Recent Reforms in Muslim Countries, Oxford 2008.

Khoury, Adel Theodor — Das islamische Rechtssystem – Grundlagen und Rechtsschulen, in: ders./ Peter Heine / Janbernd Oebbecke, Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft, S. 37 – 53.

Kiderlen, Hans Fabian — Von Triest nach Osttimor – Der völkerrechtliche Rahmen für die Verwaltung von Krisengebieten durch die Vereinten Nationen, Berlin u.a. 2008.

Kirchhof, Paul — Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, Heidelberg 1978.

Klein, Eckart	Universeller Menschenrechtsschutz – Realität oder Utopie?, EuGRZ 1999, S. 109-115 (zitiert: Universeller Menschenrechtsschutz).
Klein, Eckart	Schutz von Menschenrechten der Frauen nach dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, in: ders. (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Potsdam 2000, S. 31-52.
Klug, Heinz	South Africa: From Constitutional Promise to Social Transformation, in: Jeffrey Goldsworthy, Interpreting Constitutions, a comparative study, S. 265 – 320.
Knabe, Erika	Frauenemanzipation in Afghanistan: Ein empirischer Beitrag zur Untersuchung von sozio-kulturellem Wandel und soizio-kultureller Beständigkeit, Meisenheim a. Gl., 1977.
Koch, Hans-Joachim	Methoden zum Recht, Ausgewählte Beiträge aus drei Jahrzehnten, anlässlich des 65. Geburtstags von Univ.-Prof. Dr. Hans-Joachim Koch, 1. Auflage, Baden-Baden 2010.
Kohlhammer, Rainer	Völkervertragsrecht in der französischen Rechtsordnung, insbesondere Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Frankfurt am Main, 1998.
Kokott, Juliane Doehring, Karl Buergenthal, Thomas	Grundzüge des Völkerrechts, 3. Auflage, Heidelberg 2003.
Koller, Arnold	Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Berlin 1971.

König, Doris — Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), ZESAR 2004, S. 214 – 219.

Kötter, Matthias
Kühl, Kristina
Mengesha, Judith Y. — Normative Pluralität ordnen? Eine Problemskizze, in: Matthias Kötter/ Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen – Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates, 1. Auflage, Baden-Baden 2009, S. 11-38.

Krawietz, Birgit — Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, Berlin 2002.

Kreile, Renate — Politische Herrschaft, Geschlechterpolitik und Frauenmacht im Vorderen Orient, Pfaffenweiler, 1997.

Kreile, Renate — Scharia oder Paschtunwali? Der Einfluss des traditionellen paschtunischen Rechts- und Wertesystems auf die Geschlechterdiskurse in Afghanistan, Streit 4 (2002), S. 152 – 155.

Kriebaum, Ursula — Menschenrechte und Scharia, Strafrecht – Religionsfreiheit – Diskriminierung der Frau, in: Irmgard Marboe/August Reinisch/Stephan Wittich, Zwangsarbeiter und Restitution – Streitbeilegungsverfahren im internationalen Wirtschaftsrecht – Dialog der Zivilisationen – Staatenverantwortlichkeit, Wien 2001, S. 113 – 139.

Kriele, Martin — Theorie der Rechtsgewinnung – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Auflage, Berlin 1967.

Kruse, Hans — Islamische Völkerrechtslehre, Bochum, 1979.

Kuhlen, Lothar — Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, Heidelberg 2006.

Kühn, Florian P. — Afghanistan: Neuer alter Präsident vor ungewisser Zukunft, German Institute of Global and Area Studies, Nummer 10 2009, S. 2, im Internet aufrufbar http://www.gigahamburg.de/dl/download.php?d=/content/publikationen/pdf/gf_nahost_0910.pdf, zuletzt aufgerufen am 25. Januar 2011.

Kuhn-Zuber, Gabriele — Der Islam und die Universalität der Menschenrechte in der Kritik, in: Jana Hasse / Erwin Müller / Patricia Schneider (Hrsg.), Menschenrechte – Bilanz und Perspektiven, Baden-Baden, 1. Auflage 2002, S. 307 – 331.

Kunig, Philip — Völkerrecht und staatliches Recht, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, Berlin 2010, 5. Auflage,
S. 78-146.

Lampe, Ernst Joachim — Was ist Rechtspluralismus, in: Ders. (Hrsg.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Baden-Baden 1995, S. 8-33.

Larenz, Karl — Methodenlehre in der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 2005.

Lau, Martin — Afghanistan´s Legal System and its Compatibility with International Human Rights Standards, Final Report, 2003, im Internet aufrufbar unter http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/48a3f02c0.pdf, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011.

Lau, Martin — An Introduction to Afghanistan´s Legal System, Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, Vol. 8, 2001-2002,
S. 27-44.

Lauterpacht, H. — An International Bill of Rights of Man, 1945.

Layish, Ahoron — The Transformation of the *Shari`a* from Jurists`law to statutory law in the Contemporary Muslim World, Die Welt des Islams 44, 2004, S. 85-113.

Lee, Jennifer Kristen — Legal Reform to advance the rights of women in Afghanistan within the framework of Islam, in: Santa Clara Law Review 2009, S. 531 – 564.

Leibholz, Gerhard — Die Gleichheit vor dem Gesetz, Berlin 1925.

Linhart, Karin — Wörterbuch Recht, English-Deutsch, Deutsch-English, München 2010.

Lucke, Doris — Legitimation durch Akzeptanz. Zur Subjektorientierung einer „systematischen" Debatte, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1996, S. 221-248.

Lücke, Jörg — Die Entstehung der neuen südafrikanischen Verfassung und deren »Bill of Rights«, JöR 47 (1999), S. 467-502.

Mahmoudi, Said — The *Sharî`a* in the New Afghan Constitution: Contradiction of Compliment? ZaöRV 64 (2004), S. 867 – 880.

Maidowski, Ulrich — Umgekehrte Diskriminierung: Quotenregelungen zur Frauenförderung im Öffentlichen Dienst, Berlin 1989.

Marauhn, Thilo — Konfliktbewältigung in Afghanistan zwischen Utopie und Pragmatismus – Die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der Übergangsverwaltung, AVR 2002, Bd. 40, S. 480-511.

Marboe, Imgard — Völkerrecht und Islamisches Recht: Unvereinbare Gegensätze?, in: dies./August Reinisch/Stephan Wittich, Zwangsarbeiter und Restitution – Streitbeilegungsverfahren im internationalen Wirtschaftsrecht – Dialog der Zivilisationen – Staatenverantwortlichkeit, Wien 2001, S. 88-104.

Matscher, Franz — Betrachtungen über das Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) nach der neuen Praxis der Straßburger Instanzen, in: Ludwig Adamovich / Peter Pernthaler (Hrsg.), Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit, Festschrift für Hans R. Klecatsky, dargeboten zum 60. Lebensjahr, Wien 1980, S. 627 – 639.

Maurer, Hartmut — Staatsrecht I, Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Auflage, München 2010.

Mayer, Ann Elizabeth — Religious Reservations tot he Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: What Do They Really Mean?, in: Courtney W. Howland (Hrsg.), Religious Fundamentalism and the Human Rights of Women, New York 2001, S. 105-116.

Mayer, Ann Elizabeth — Internationalizing the Conversation on Women`s Rights: Arab Countries Face the CEDAW Committee, in: Yvonne Yazbeck Haddad / Barbara Freyer Stowasser / et al. (Hrsg.), Islamic Law and the Challenges of Modernity, Walnut Creek 2004,

S. 133-160.

Mayer, Ann Elizabeth — Islam and Human Rights, 4. Auflage, Colorado 2007.

Mayer, Ann Elizabeth — The reformulation of Islamic thought on gender rights and roles, in: Shahram Akbarzadeh/Benjamin MacQueen (Hrsg.), Islam and Human Rights in Practice, Perspectives across the Ummah, New York 2008, S. 12 – 32.

Mayer, Ann Elizabeth — Rhetorical Strategies and Official Policies on Women`s Rights: The Merits and Drawbacks of the New World Hypocrisy, in: Mahnaz Afkhami (Hrsg.), Faith & Freedom, Women`s Human Rights in the Muslim World, London 1995, S. 104-132.

Mayer, Ann Elizabeth — War and Peace in the Islamic Tradition and International Law, in: John Kelsay / James Turner Johnson (Hrsg.), Just War and Jihad: historical and theoretical perspectives on war and peace in western and Islamic traditions, Westport u.a. 1991, S. 195-226.

Mayer, Ann Elizabeth — The Sharī`ah; A Methodology or a Body of Substantive Rules?, in: Nicholas Heer (Hrsg.), Islamic Law and Jurisprudence, Seattle u.a. 1990, S. 177-198.

Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht Hamburg — Family Structures and Family Law in Afghanistan, A Report of the Fact-Finding Mission Mission to Afghanistan, Januar – März 2005, im Internet aufrufbar unter http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/mpi-re-port_on_family_structures_and_family_law_in_afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Juli 2012.

Mehlhorn, Lutz — Der Bundespräsident der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich, Baden-Baden 2010.

Mels, Philipp — Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel, Ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich im Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaates und der Furcht vor einem 'gouvernement des juges' 1. Auflage, München 2003.

Merkl, Adolf — Die Lehre von der Rechtskraft – Entwickelt aus dem Rechtsbegriff – Eine rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig und Wien 1923.

Merry, Sally Engel — Legal pluralism, Law and Society Review 22, 1988, S. 869-872.

Meyer, Hans — Gleichheit und Nichtdiskriminierung – die deutsche Debatte, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin, Heidelberg u.a. 2003, S. 79 – 93.

Moltmann, Gerhard — Die Verfassungsentwicklung Afghanistans 1901-1981. Von der absoluten Monarchie zur sozialistischen Republik, Hamburg 1982.

Momen, Moojan — An Introduction to Shi`i Islam, New Haven und London, 1985.

Moore, Sally Falk — Law and Social Change: The Semi-autonomous Social Field as an appropriate Field Study, Law and Society Review 1973, Nr. 7, S. 719 – 746.

Morrison, Dan — Afghans´ first stab at democracy, 6. Januar 2004, Relief-Web, Internet aufrufbar unter

http://www.reliefweb.int/rw/rwb.nsf/AllDocsByUNID/92802449dd920436c1256e130042b23c, zuletzt aufgerufen am 29. April 2010.

Mosadiq, Horia — The New Afghan Constitution: How Women Succeeded in Ensuring Certain Rights and What Challenges Remain, in: Critical Half – Bi-Annual Journal, 2005 Volume 3 – Number 1, S. 29 – 33.

Moschtaghi, Ramin — Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan – Das Gutachten des Obersten Gerichtshofes zum Misstrauensantrag des Unterhauses gegen den Außenminister, ZaöRV 2008, S. 509-540.

Moschtaghi, Ramin — Die Islamische Republik als Verfassungsprinzip – Ein Vergleich der Verfassungen von Afghanistan und Iran, VRÜ 2008, S. 185-220.

Moschtaghi, Ramin — The Relation between International Law, Islamic Law and Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran – A Multilayer System of Conflict?, in: Max Planck UNYB 13 (2009), S. 375-420.

Moschtaghi, Ramin — Organisation and Jurisdiction of the Newly Established Afghan Courts, Max Planck UNYB Volume 10 (2006), S. 531-590.

Müller, Friedrich — Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts, in: M. Thiel (Hrsg.) Enzyklopädie der Geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, 11. Lieferung: Methoden der Rechtswissenschaft Teil 1, München und Wien 1972, S. 123-190.

Mullins, KJ — Afghan President Karzai Pledges to Change Shia Family Law, Digital Journal vom 28. April 2009, im Internet aufrufbar unter http://www.digitaljournal.com/article/271660,

zuletzt aufgerufen am 24. Januar 2011.

Murray, John
el-Mollah, Mohammad — Islamic Sharia and Constitutional Interpretation in Egypt, in: Eugene Cotran/Adel Omar Sherif (Hrsg.), Democracy, the Rule of Law and Islam, Den Haag 1999, S. 507-524.

Muslehuddin, M. — Islamic Jurisprudence and the Rule of Necessity and Need, New Delhi, 1982.

Naeem, Naseef — Überblick über das Rechtsstaatsprinzip in der afghanischen Verfassung: Kritische Betrachtungen im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip im deutschen Grundgesetz, Zeitschrift für Afghanistankunde – Nr. 2 – April 2008,
S. 7 – 21.

Nasir, Jamal J — The Islamic Law of Personal Status, 2. Auflage, London u.a. 1990.

Nawa, Fariba — Afghanistan: Supreme Court to decide Foreign Minister`s Fate, Eurasianet, 28. Mai 2007, im Internet http://www.eurasianet.org/departments/insight/articles/eav052907a.shtml, zuletzt aufgerufen am 11. August 2010.

Nettesheim, Martin — Amt und Stellung des Bundespräsidenten in der grundgesetzlichen Demokratie, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 3. Auflage, Heidelberg 2005,
S. 1031 – 1103.

Neuhold, Brita
Pirstner, Renate
Ulrich, Silvia — Menschenrechte – Frauenrechte, Internationale, europarechtliche und innerstaatliche Dimensionen, Innsbruck 2003.

Nölle-Karimi, Christine — Die paschtunische Stammesversammlung im Spiegel der Geschichte, in: Kemper, Michael/Reinkowski, Maurus, Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, Berlin, New York,2005, S. 177-194.

Nolte, Georg — Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: : Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin, Heidelberg u.a. 2003, S. 235 – 252.

Nowak, Manfed — U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, 2. Auflage, Kehl u.a. 2005.

Oates, Lauryn
Helal, Isabelle Solon — At the cross-roads of conflict and democracy: women and Afghanistan´s constitutional Loya Jirga, Internet: http://peacewomen.org/resources/Afghanistan/RD LoyaJirga2004.pdf, zuletzt am 22. April 2010 aufgerufen.

Olesen, Asta — Islam and Politics in Afghanistan, Richmond, Surrey, 1995.

Orywal, Erwin — Erläuterungen zur Verbreitungskarte. In: Orywal, E. (Hrsg.): Die ethnischen Gruppen Afghanistans. Fallstudien zu Gruppenidentität und Intergruppenbeziehungen. Wiesbaden, S. 11-73.

Ossenbühl, Fritz — Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2100 – 2107.

Ossenbühl, Fritz — Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, in: Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I, Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2007, S. 595 – 630.

Ossenbühl, Fritz	Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Josef Isensee /Paul Kirchof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Heidelberg 1988, S. 135-182.
Paret, Rudi	Mohammed und der Koran, Stuttgart 1957.
Parhisi, Parinas	Völkerrecht und innerstaatliche Umsetzung in Afghanistan, in: Christina Binder / Claudia Fuchs / Matthias Goldmann / Thomas Kleinlein / Konrad Lachmayer (Hrsg.), Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich, Wien 2010, S. 93-110.
Parhisi, Parinas	Frauenrechte in Iran: Hindernisse und Perspektiven – Eine völkerrechtliche Betrachtung am Maßstab der Menschenrechte, in: Stefan Kadelbach / Parinas Parhisi (Hrsg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, 1. Auflage, Frankfurt am Main 2007.
Partsch, Karl Josef	Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht – Überprüfung der Transformationslehre, Karlsruhe 1964.
Partsch, Karl Josef	Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination, in: Karl Vasak / Philip Alston, The International Dimensions of Human Rights, Bd. 1, Paris, 1982, S. 61 – 87.
Penski, Ulrich	Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln – Ihre Unterscheidung und das Problem der Positivität des Rechts, JZ 1989, S. 105 – 114.
Peters, Anne	Völkerrecht im Gender-Fokus, in: Andreas Zimmermann / Thomas Giegerich, Gender und Internatio-

nales Recht, Berlin 2007, S. 199 – 299.

Peters, Anne — Erneuerungsbewegungen im Islam vom 18. Bis zum 20. Jahrhundert und die Rolle des Islams in der neueren Geschichte: Antikolonialismus und Nationalismus, in: Werner Ende/Udo Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, Bonn 2005, S. 90 – 127.

Pfaff, Victor — Afghanistan im Umbruch: Zwischen Sharia und säkularem Recht – Anmerkungen zur afghanischen Verfassung von 2004, ZAR 12/2005, S. 393-432.

Pfeffer, Robert — Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Tübingen 2009.

Plagemann, Gottfried — Von Allahs Gesetzen zur Modernisierung per Gesetz: Gesetz und Gesetzgebung im Osmanischen Reich und der Republik Türkei, Berlin u.a. 2009.

Pohl, Dietrich F. R. — Islam und Friedensvölkerrechtsordnung, Wien und New York 1988.

Pohl, Heinrich — Völkerrecht und Außenpolitik in der Reichsverfassung, Berlin 1929.

Pohl, Walther Maximilian — Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen, Hamburg 2001.

Poullada, Leon B. — Reform and Rebellion in Afghanistan, 1919-1929, Ithaca und London, 1973.

Poya, Abbas — Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan – ethnische Neutralität, ethnische Parität und Frauenrechte in der Verfassung der islamischen Republik Afghanistan, in: ORIENT, Jg. 44, 2003, Heft 3, S. 367-384.

Poya, Abbas	Afghanistan, in: Werner Ende / Udo Steinbach (Hrsg), Der Islam in der Gegenwart, Bonn 2005, S. 264-276.
Prohl, Werner M.	Zum Verfassungsentwurf für die Islamische Republik Afghanistan, Politischer Kurzbericht der Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 10. Nov. 2003, im Internet aufrufbar unter http://www.kas.de/db_files/dokumente/laenderberichte/7_dokument_dok_pdf_3429_1.pdfj, zuletzt aufgerufen am 12. Dezember 2010.
Radtke, Bernd	Islamische Rechtsquellen, in: Maria Haarmann (Hrsg.), Der Islam, Ein Lesebuch, 3. Auflage, München 2002, S. 46-47.
Radtke, Bernd	Der sunnitische Islam, in: Werner Ende / Udo Steinbach (Hrsg.), Der Islam in der Gegenwart, Bonn 2005, S. 55-69.
Rafiabadi, Hamid Naseem	Challenges to religion and Islam: A Study of Muslim Movements, Personalities Issues and Trends, Part 2, New Delhi 2007.
Rahimi, Fahima	Women in Afghanistan. Frauen in Afghanistan, Liestal 1986.
Rahman, Fazlur	Status of Women in the Quran, in: Guity Nashat (Hrsg.), Women and Revolution in Iran, Boulder 1983, S. 45-49.
Ramacharan, B.G.	Equality and Nondiscrimination, in: Louis Henkin, (Hrsg.), The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights, 1981, S. 246-269.
Ramadan, Said	Das islamische Recht, Theorie und Praxis, Harrasowitz 1980.

Ramcharan, B.G. Equality and Nondiscrimination, in: Louis Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights, S. 246-270.

Rashid, Ahmed Islam, Oil and the New Great Game in Central Asia, 2002.

Rasuly, Sarajuddin Die politischen Eliten Afghanistans, Frankfurt a.M. u.a. 1997.

Rauscher, Thomas Sharī`a, Islamisches Familienrecht der sunna und shī`a, Frankfurt am Main 1987.

Reinkowski, Maurus Gewohnheitsrecht im multinationalen Staat: Die Osmanen und der albanische Kanun, in: Michael Kemper / Maurus Reinkowski (Hrsg.), Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, Berlin 2005, S. 121–142.

Richter, Ingo Bildungsverfassungsrecht, Stuttgart 1973.

Riedel, Eibe
Arend, Jan-Michael Im Zweifel Inklusion: Zuweisung an eine Förderschule nach Inkrafttreten der BRK, NVwZ 2010, S. 1346-1349.

Ristau, Katrin H. Der Nichtdiskriminierungsgrundsatz im UN-System: Erfolge der UN-Personalpolitik im Hinblick auf die Förderung von Frauen, in: Sabine von Schorlemer (Hrsg.), Die Vereinten Nationen und neuere Entwicklungen der Frauenrechte, 2007, S. 131 – 162.

Rittner, Fritz Über die Notwendigkeit des rechtssystematischen Denkens, in: Mario Ascheri/ Friedrich Ebel / Martin Heckel/ Antonio Padoa-Schioppa / Wolfgang Pöggeler / Filippo Ranieri / Wilhelm Rütten /, „Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert“, Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, Köln u.a. 2003, S. 805-825.

Röben, Volker — Außenverfassungsrecht, Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates, Tübingen 2007.

Roberts, Simon — After Government? On Representing Law Without the State, in: Modern Law Review 2005, Vol. 68, S. 1-24.

Röder, Tilmann — Human Rights Standards in Afghan Courtrooms: The Theory and Reality of the Right to a Fair Trail, in: Hatem Ellisie (Hrsg.), Islam und Menschenrechte, Beiträge zum Islamischen Recht VII, Frankfurt am Main 2010, S. 329 – 359.

Röder, Tilmann J — Kollisionen zwischen Shari`a, Gesetz und Stammestradition in Afghanistan, in: Matthias Kötter/ Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen – Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates, 1. Auflage, Baden-Baden 2009, S. 257 – 301.

Roellecke, Gerd — Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Demokratie – Bundesorgane, Bd. III, 3. Auflage, Heidelberg 2005, S. 1201-1220.

Rohe, Mathias — Gutachten Nr. 25 (Libysches Erbrecht), in: Deutscher Rat für Internationales Privatrecht, Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht 2002, Bielefeld 2004.

Rohe, Mathias — Islamisches Recht im islamischen Staat – Realität oder Illusion? Prägende Faktoren der aktuellen Rechtsentwicklungen in Afghanistan, in: Otto Jastrow / Shabo Talay / Herta Hafenrichter (Hrsg.), Studien zur Semitistik und Arabistik, Festschrift für Hartmut

Bobzin zum 60. Geburtstag, Wiesbaden 2008, S. 341 – 362.

Rohe, Mathias — Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart, 2. Auflage, München 2009.

Röhl, Klaus F. — Auflösung des Rechts, in: Stephan Lorenz (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005 S. 1161- 1176.

Roshan, Benazeer — Recent Development: The More Things Change, the More They Stay the Same: The Plight of Afghan Women Two Years After the Overthrow of the Taliban, Berkeley Women´s L.J. 2004, S. 270 – 286.

Ross, Susan Deller — Women´s Human Rights, The International and Comparative Law Casebook, 2008.

Rubin, Barnett — Crafting a Constitution for Afghanistan, Journal of Democracy Vol. 15 Nr. 3 (2004), S. 5-19.

Rubin, Barnett R. — Transitional Justice and human rights in Afghanistan, International Affairs 79 (2003), S. 567-581.

Rubin, Stephanie — Die Stellung der Frau im Islam, 1. Auflage, Nordstedt 2003.

Rubio-Marin, Ruth; Morgan, Martha I. — Constitutional Domestication of International Gender Norms, in: Karen Knop (Hrsg.), Gender and Human Rights, Oxford u.a. 2006, S. 113-152.

Rüthers, Bernd; Fischer, Christian; Birk, Axel — Rechtstheorie, mit juristischer Methodenlehre, 7. Auflage, München 2013.

Saboory, Mohammad Hamid — The Progress of Constitutionalism in Afghanistan, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Shari`a in the Constitu-

tions of Afghanistan, Iran and Egypt, Imlications for Private Law, Tübingen 2005, S. 5-22.

Saddique, Abubaker | Constitutional Guarantee Of Equal Rights for Afghan Woman So Far Brings Little Change to Everyday Life, Eurasianet, 7. März 2004, im Internet http://www.eurasianet.org/departments/rights/articles/eav030804.shtml, zuletzt aufgerufen am 11. August 2010.

Said, Mahmoudi | The Shari`a in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment? In: ZaöRV 2004, S. 867 – 880.

Salem, Isam Kamel | Islam und Völkerrecht – Das Völkerrecht in der islamischen Weltanschauung, Berlin 1984.

Šarčević, Edin | Völkerrechtlicher Vertrag als „Gestaltungsinstrument" der Verfassunggebung: Das Daytoner Verfassungsexperiment mit Präzedenzwirkung?, Archiv des Völkerrechts, Bd. 39 (2001), S. 297-339.

Sathe, S.P. | Indie: From Positivism to Structuralism, in: Jeffrey Goldsworthy (Hrsg.), Interpreting Constitutions, A Comparative Study, Oxford, New York, 2006.

Sauer, Jürgen | Die Verfassungsbindung des Gesetzgebers, Untersucht am Problem der Redimensionierung des Sozialstaats in den Jahren 1975 – 1985, Frankfurt am Main u.a. 1991.

Schacht, Joseph | An Introduction to Islamic Law, Oxford 1964.

Schacht, Joseph | Problems of Modern Islamic Legislation, Studia Islamica, 1960, S. 99-129.

Schacht, Joseph — Islamic Law in Contemporary States, The American Journal of Comparative Law, 1959, S. 133-147.

Schachter, Oscar — The Obligation to Implement the Covenant in Domestic Law, in: Henkin, L (Hrsg.), The International Bill of Rights: The covenant on civil and political rights, New York 1981, S. 311-331.

Schah, Niaz A. — Women, the Koran and International Human Rights Law: the experience of Pakistan, Leiden 2006.

Schah, Niaz A. — The Constitution of Afghanistan and Women´s Rights, Feminist Legal Studies 2005, S. 239 – 258.

Schetter, Conrad J. — Ethnizität und ethnische Konflikte in Afghanistan, Berlin 2003.

Schetter, Conrad J. — Kleine Geschichte Afghanistans, 3. Auflage, München 2010.

Scheuner, Ulrich — Pressefreiheit, VVDStRL 1965, S. 1- 155.

Scheuner, Ulrich — Staatstheorie und Staatsrecht, Berlin 1978.

Schilling, Theodor — Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Berlin 1994.

Schlaich, Klaus
Korioth, Stefan — Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Auflage, München 2010.

Schneider, Cornelia — Striking a Balance in Post-Conflict Constitution-Making: Lessons from Afghanistan for the International Community, Peace, Conflict and Development, An Interdisciplinary Journal, Vol. 7, July 2005, im Internet http://www.peacestudiesjournal.org.uk/dl/July05Tar.pdf, zuletzt aufgerufen am 15. März 2011.

Schneider, Irene	The Position of Women in the Islamic and Afghan Judiciary, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law, Tübingen 2005, S. 83-101.
Schneider, Irene	Registration, Court System, and Procedure in Afghan Family Law, Yearbook of Islamic and Middle Eastern law 2005-2006, S. 209 – 234.
Schneider, Irene	Familienrecht in Afghanistan – Rekonstruktion der Rechtsordnung und Perspektiven für einen strukturellen Wandel, Georgia Augusta 5 (2007), S. 100 - 106.
Schneider, Irene	Islamisches Recht zwischen göttlicher Satzung und temporaler Ordnung?, in: Christine Langenfeld/ Irene Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, S. 138 – 191,
Schoiswohl, Michael	Wo Theorie zur Praxis wird: Internationales (Verfassungs-) Recht und das Entstehen einer Verfassung für das Nachkriegs-Afghanistan, in: Harald Eberhard / Konrad Lachmayer / Gerhard Thallinger (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, Wien 2005, S. 21-48.
Schönberger, Christoph	Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild, VRÜ 2010, Heft 1, S. 6-27.
Schöpp-Schilling, Beate	Bedeutung und Auswirkungen des Frauenrechtsübereinkommens, in: Eckart Klein (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Potsdam 2000 S. 13-30.

Schöpp-Schilling, Hanna Beate — Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) und sein Vertragsausschuss nach 25 Jahren – Bilanz und Ausblick, in: Andreas Zimmermann/Thomas Giegerich (Hrsg.), Gender und Internationales Recht, Berlin 2007, S. 137-170.

Schöpp-Schilling, Hanna Beate — Effektivität von Abkommen zum Schutz der Menschenrechte am Beispiel der CEDAW, Die Friedens-Warte 74 (1999), S. 204-228.

Schöpp-Schilling, Hanna Beate — Bedeutung und Auswirkungen des Frauenrechtsübereinkommens, in: Eckart Klein (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Potsdam 2000.

Schöpp-Schilling, Hanna Beate — Der „Frauenrechtsausschuss" der Vereinten Nationen in der Interaktion mit islamisch geprägten Staaten, in: Hatem Elliesie (Hrsg.), Islam und Menschenrechte, Frankfurt a.M., 2010, S. 417-455.

Schweitzer, Michael — Staatsrecht III – Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 10. Auflage, Nördlingen 2010.

Seibert-Fohr, Anja — Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, ZaöRV 2002 (62), S. 391–422.

Seidel, Gerd — Quo vadis Völkerrecht?, AVR 41 (2003), S. 449 – 483.

Shaban, Bouthaina — The Muted Voices of Women Interpreters, in: Mahnaz Afkhami (Hrsg.), Faith & Freedom, Women`s Human Rights in The Muslim World, London 1995, S. 61-77.

Shaheed, Farida	Networking for Change: The Role of Women`s Groups in Initiating Dialogue on Women`s Issues, in: Mahnaz Afkhami (Hrsg.), Faith & Freedom, Women`s Human Rights in The Muslim World, London 1995, S. 78-103.
Sherif, Adel Omar	Constitutions of Arab Countries and the Position of the Sharī`a, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law, S. 155 - 159.
Shirvani, Foroud	Der Wächterrat im institutionellen Kontext der iranischen Verfassung, VRÜ 2010, S. 244 – 258.
Simander, Elisabeth	Der afghanische Traithlon, Mit Gewohnheitsrecht und Gottesrecht auf der „Seidenstraße“ zu universellen Menschenrechten für Frauen in Afghanistan, Norderstedt 2009.
Simma, Bruno	Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments, in: Gerhard Hafner u.a. (Hrsg.), Liber amicorum Professor Seidl-Hohenfeldern in honour of his 89th birthday, Den Haag u.a. 1998, S. 659 – 682.
Sohn, Louis B.	The Human Rights Law of the Charter, Texas International Law Journal 12 (1977), S. 129 – 140.
Sohn, Louis B.	The New International Law: Protection of the Rights of Individuals rather than States, 32 American University Law Review 32 (1982), S. 1-64.
Sommermann, Karl-Peter	Staatsziel „Europäische Union“ – Zur normativen Reichweite des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG n.F., DÖV 1994, S. 596-604.

Sommermann, Karl-Peter — Die Diskussion über die Normierung von Staatszielen, Der Staat 1993, S. 430-447.

Sommermann, Karl-Peter — Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte, AöR 1989, S. 391-422.

Sommermann, Karl-Peter — Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen 1996.

Sommermann, Karl-Peter — Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes , AöR 1989, S. 391-422.

Stahn, Carsten — The law of Practice of International Territorial Administration Versailles to Iraq and Beyond, Cambridge 2008.

Starck, Christian — Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Ch. Link (Hrsg.) Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat – Symposium zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz, Baden-Baden 1982, S. 51-73.

Starkey, Jerome — Afghan leader accussed of bid to"legalise rape", The Independent vom 31. März 2009, im Internet aufrufbar unter http://www.independent.co.uk/news/world/asia/afghan-leader-accused-of-bid-to-legalise-rape-1658049.html, zuletzt aufgerufen am 24. Januar 2011.

Stein, Ekkehart; Frank , Götz — Staatsrecht, 19. Auflage, Tübingen 2004.

Stein, Torsten; von Buttlar, Christian — Völkerrecht, 13. Auflage, München 2012.

Stern, Klaus — Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 1984.

Stern, Klaus — Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Staatsorgane, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, Band II, München 1980.

Stern, Klaus — Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Sammelband 15 Heft 11, Opladen 1980.

Stolleis, Michael — Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin Heidelberg u.a., 2003, S. 7 – 22.

Strutynski, P. — Afghanistan: "Massaker in Mazar" - US-Soldaten verstrickt? Afghanistan: "Massaker in Mazar" - US-Soldaten verstrickt?, AG Friedensforschung, http://www.ag-friedensforschung.de/regionen/Afghanistan/massaker.html, zuletzt aufgerufen am 1. April 2011.

Suhrke, Astri; Harpiviken, Kristian Berg; Strand, Arne — Conflictual Peacebuilding; Afghanistan Two Years After Bonn, 2004, Chr. Michelsen Institut, im Internet aufrufbar: p://www.cmi.no/pdf/?file=/afghanistan/doc/r2004-4.pdf, zuletzt aufgerufen am 9. März 2010.

Sunder, Madhavi — The New Afghan Constitution – Will it Respect Women`s Rights? Wil Its Mixture of Religion and Democracy Work?, FindLaw vom 15. Januar 2004, im

Internet aufrufbar unter http://writ.news.findlaw.com/commentary/20040115_sunder.html, zuletzt aufgerufen am 8. Oktober 2009.

Sunder, Madhavi — The New Afghan Constitution. Will It Respect Women´s Rights? Will Its Mixture of Religion and Democracy Work?, in: FindLaw – Legal News and Commentary, im Internet unter http://writ.news.findlaw.com/commentary/20040115_sunder.html, zuletzt aufgerufen am 8. Oktober 2009.

Syed, Mohammad Ali — The Position of Women in Islam, A Progressive View, Albany 2004.

Tarzi, Amin — Afghanistan's new Constitution: towards consolidation or fragmentation?, e-Ariana vom 6.02.2003, im Internet http://www.e-ariana.com/ariana/eariana.nsf/allDocs/C4C77AD9A30E6BA487256CB00080A782?OpenDocument, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

Tarzi, Amin — Why the Delay in Afghanistan´s Constitutional Loya Jirga?, RFE/RL Afghanistan Report, 18. September 2003, Vol. 2, Nummer 32, im Internet: http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2003/09/32-180903.htm, zuletzt aufgerufen am 16. März 2011.

The Afghanistan Justice Project — War Crimes and Crimes against Humanity: 1978-2001, im Internet aufrufbar unter http://afghanistanjusticeproject.org/warcrimesandcrimesagainsthumanity19782001.pdf, zuletzt aufgerufen am 24. März 2011.

The International Federation of Journalists	Afghan Magazine Editor Released from Prison in Iran, IFJ.org – Europe, im Internet aufrufbar unter http://europe.ifj.org/fr/articles/afghan-magazine-editor-released-from-prison-in-iran.print, zuletzt aufgerufen am 28. Juni 2011.
The Secretariat of the Constitutional Commission	The Constitution-Making Process in Afghanistan, März 2003 Kabul, im Internet unter aufrufbar unter http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN016658.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. Mai 2010.
Thoma, Richard	Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, Berlin 1929, S. 1 – 53.
Thürer, Daniel	Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, AVR 22 (1984), S. 113 -137.
Tomuschat, Christian	Equality and Non-Discrimination under the CCPR, in: Ingo v. Münch (Hrsg.), Staatsrecht – Völkerrecht – Europarecht, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag, Berlin New York, 1981, S. 691-716.
Tomuschat, Christian	Völkerrechtliche Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Bernd Bender/Rüdiger Breuer/Fritz Ossenbühl/Horst Sendler, Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, FS Redeker, S. 273 - 292.
Tomuschat, Christian	Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen, EuGRZ 2001, S. 535-545.

Tonami, Koji — Richterliche Prüfungsbefugnis über die Verfassungsmäßigkeit in Japan, in: Christian Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil I, 1. Auflage, Baden-Baden 2004, S. 15-33.

Triepel, Heinrich — Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899.

Tushnet, Mark — The United States: Electicism in the Service of Pragmatism, in: Jeffrey Goldsworthy (Hrsg.), Interpreting Constitutions, a comparative study, Oxford 2007.

Uerpmann, Robert — Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung. Ein Beitrag zum Thema Völkerrecht und Landesrecht, Berlin 1993.

Uhle, Arnd — Innere Integration, in: Kirchhof/Isensee (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Heidelberg u.a., 2006, S. 531-588.

UN News Center — Annan hails agreement on new Constitution for Afghanistan, 4. Januar 2004, http://www.un.org/apps/news/storyAr.asp?NewsID=9363&Cr=Afghanistan&Cr1, zuletzt aufgerufen am 28. Apil 2010.

USAID — MPs approve members of Constitution commission amids legislative-executive standoff on interpretation powers, Legislative Newsletter, 14 June 2010, Vol. 3, No. 16, im Internet aufrufbar unter http://www.cid.suny.edu/APAP_Newsletter/2010/APAP_Newsletter_June.14.10.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Oktober 2010.

v. Savigny, Friedrich Carl — System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840..

Vanderlinden, Jacques — Le pluralism juridique, essai de synthèse, in: John Gilissen (Hrsg.), Le pluralism juridique, Brüssel 1971, S. 19-56.

Veiter, Theodor — Der Stand der Menschenrechte in verschiedenen Rechtskreisen, in; Eduard Kroker / Theodor Veiter (Hrsg.), Rechtspositivismus, Menschenrechte und Souveränitätslehre in verschiedenen Rechtskreisen, Wien 1976, S. 64-88.

Venter, Francois — Aspects of the South African Constitution of 1996: An African Democratic and Social Federal Rechtsstaat?, ZaöRV 57 (1997), S. 51-159.

Verdross, Alfred — Völkerrecht, 5. Auflage, Wien 1964.

Verdross, Alfred
Simma, Bruno — Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Auflage, Berlin 1984.

Vereshchetin, Vladen S. — New Constitutions and the Old Problems of the Relationship between International Law and National Law, EJIL 1996, S. 29-41.

Vergau, Hans-Joachim — Manifest der Hoffnung. Übe die neue Verfassung Afghanistans, Verfassung und Recht in Übersee 2004, S. 465 – 488.

Vogt, Heidi
Schah, Amir — Karzai vows to amed "rape" law, The Star vom 28. April 2009, im Internet aufrufbar unter http://www.thestar.com/article/625412, zuletzt aufgerufen am 23. Januar 2011.

Wadud, Amina — Qur`an and Woman, Reading the Sacred Text from a Woman`s Perspective, New York u.a., 1999.

Wagner, Heinz — Monismus und Dualismus: eine methodenkritische Betrachtung zum Theorienstreit, AöR 89 (1964),

S. 212-241.

Wahl, Rainer — Elemente der Verfassungsstaatlichkeit, JuS 2001, S. 1041- 1048.

Waletzki, Stephanie — Ehe und Ehescheidung in Tunesien, Zur Stellung der Frau in Recht und Gesellschaft, Berlin 2001.

Walter, Christian — Gleichheit und Rationalität: Umfang und Grenzen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers anhand des Gleichheitssatzes, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin u.a., 2003, S. 253-271.

Walter, Tasia — Die Entstehung der Verfassung der Islamischen Republik Afghanistans vom 4. Januar 2004, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 2010 (58), S. 713-758.

Wardak, Ali — Building a Post-War Justice System in Afghanistan, in: Nadjma Yassari (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law, Tübingen 2005, S. 61-82.

Wardak, Ali — Structures of Authority and Local Dispute Settlement in Afghanistan, in: Hans Jörg Albrecht u.a. (Hrsg.) Conflict Resolution in Middle Eastern Societies – Between Tradition and Modernity, Berlin 2006, S. 347-370.

Wardak, Farooq — The Management of the Constitution-Making Process in Afghanistan, im Internet aufrufbar unter http://www.constitutionnet.org/files/the_management_of_the_constitution_making_process_in_afghanistan.pdf, zuletzt aufgerufen am 15. März 2011.

Weinberger, Ch. Weinberger, Ota — Logik, Semantik, Hermeneutik, München 1979.

Weinberger, Ota — Rechtslogik, 2. Auflage, Wien/New York 1970.

Welchman, Lynn — Women`s Rights and Islamic Family Law: Perspectives on Reform, London u.a. 2004.

Wense, Wolf von der — Der UN-Menschenrechtsausschuss und sein Beitrag zum universellen Schutz der Menschenrechte, Berlin u.a. 1999.

Wenzel, Max — Juristische Grundprobleme. Der Begriff des Gesetzes, Berlin 1920.

Wildhaber, Luzius — Treaty-Making Power and Constitution, An International and Comparative Study, Basel u. Stuttgart 1971.

Wilke, Dieter — Die rechtsprechende Gewalt, In Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, Bd. V, 3. Auflage, Heidelberg 2007, S. 633 – 679.

Woodman, Gordon R. — The Idea of Legal Pluralism, in: Boudouin Dupret / Maurits Berger / Laila Al-Zwaini, Legal pluralism in the Arab world, Den Haag 1999, S. 3-20.

XINHUANET — U.S. welcomes Afghan Supreme Court's ruling to extend Karzai's term, News vom 30. März 2009, im Internet aufrufbar unter, http://news.xinhuanet.com/english/2009-03/30/content_11102945.htm.

Yassari, Nadjma — Überblick über das iranische Scheidungsrecht, FamRZ 2002, S. 1088 – 1094.

Yassari, Nadjma — Legal Pluralism and Family Law: An Assessment of the Current Situation in Afghanistan, in: dies. (Hrsg.), The Sharī`a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law, Tübingen 2005, S. 45-60.

Yassari, Nadjma — Das afghanische Recht, inamo 2009 (57), S. 27-30.

Yassari, Nadjma Saboori — Sharia and national law in Afghanistan, in: Jan Michiel Otto (Hrsg.), Sharia Incorporated, A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present, Leiden University Press, Leiden 2010, S. 273-318.

Zimmermann, Andreas — Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge: zugleich ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen völkerrechtlicher Kodifikation, Berlin u.a. 2000.

Zippelius, Reinhold — Juristische Methodenlehre, 9. Auflage, München 2005.

Zuleeg, Manfred — Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der europäischen Sozialcharta, ZaöRV 1975 (35), S. 341 – 363.

Nach dem Sturz der Taliban markiert die neue afghanische Verfassung aus dem Jahre 2004 einen fundamentalen Neuanfang für die Stellung der Frau – zumindest aus normativer Sichtweise. Art. 22 der afghanischen Verfassung lautet: „Die Bürger Afghanistans, sowohl Frauen als auch Männer, haben vor dem Gesetz gleiche Rechte und Pflichten“. Gemäß Art. 7 der Verfassung hat der Staat u.a. die Allgemeine Menschenrechtserklärung und die von Afghanistan ratifizierten Verträge zu achten. Dazu zählt auch das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau. Hingegen legt Art. 3 der Verfassung fest, dass kein Gesetz dem Glauben und den Bestimmungen der heiligen Religion des Islam widersprechen darf. Doch in welchem Verhältnis stehen diese Rechtsquellen im Falle einer Normenkollision? Explizite Verfassungsbestimmungen hierzu existieren nicht. Im Zentrum der Untersuchung der vorliegenden Arbeit steht die Klärung dieses Verhältnisses betreffend die Stellung der Frau, im Speziellen im Scheidungsrecht.



ISBN: 978-3-86395-148-1
ISSN: 2191-4583

Universitätsverlag Göttingen